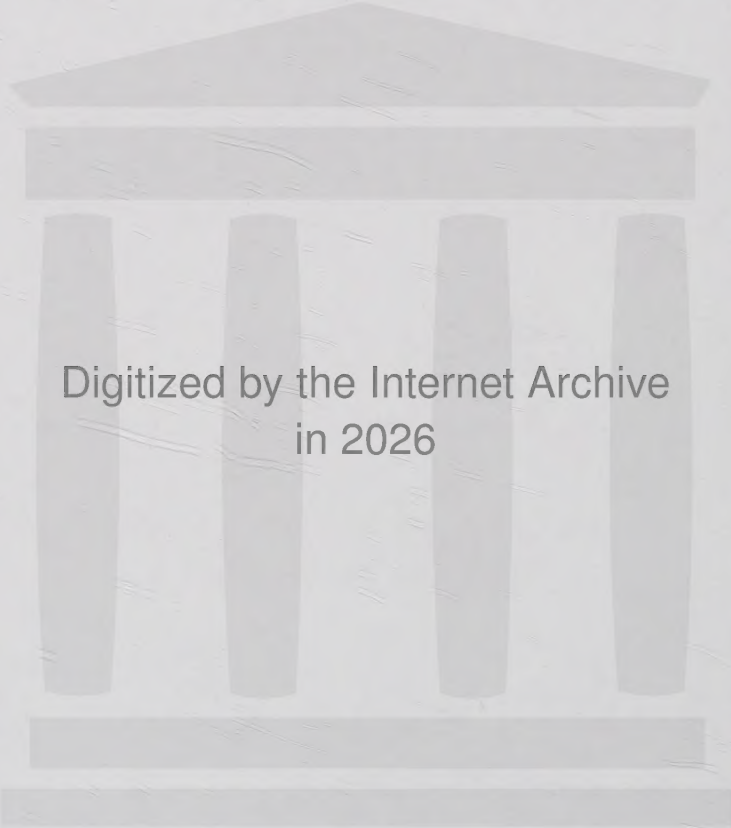


DIE BEDEUTUNG DER VERTRAGSSTRAFE FÜR KNOW-HOW-VERTRÄGE

**EINE RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG
AN HAND DES DEUTSCHEN, FRANZÖSISCHEN UND
BELGISCHEN RECHTS**

Emmanuel A. Wiemer

1977

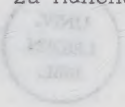


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554612_0018

DIE BEDEUTUNG DER VERTRAGSSTRAFE FÜR KNOW-HOW-VERTRÄGE
EINE RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG AN HAND DES
DEUTSCHEN, FRANZÖSISCHEN UND BELGISCHEN RECHTS

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München



vorgelegt von

Emmanuel A. Wiemer

München
1977

Referent: Professor Dr. Gerhard Schricker

Korreferent: Professor Dr. Dieter Pfaff

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 1977



Gliederung

	<u>Seite</u>
EINLEITUNG	1
<u>1. Teil: EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK DES KNOW-HOW- VERTRAGES</u>	9
<u>A. Das Know-how als Vertragsgegenstand</u>	11
I. Die wirtschaftliche Bedeutung des Know-how .	11
II. Der Begriff des Know-how	16
1. Terminologie	17
2. Definitionen	21
3. Der im Rahmen dieser Arbeit verwendete Know-how-Begriff	32
III. Die Rechtsnatur des Know-how	33
IV. Der rechtliche Schutz des Know-how	47
1. Schutzmöglichkeiten nach geltendem Recht	48
a) Der strafrechtliche Schutz	50
b) Der zivilrechtliche Schutz im Wettbe- werbsrecht	53
c) Der allgemeine zivilrechtliche Schutz	58
d) Der Sonderfall des sog. Vorbenutzungs- rechts	60
2. Zweckmäßigkeit eines spezifischen Know- how-Schutzes	61
<u>B. Der Know-how-Vertrag</u>	65
I. Der Begriff des Know-how-Vertrages	65
II. Erscheinungsformen der Know-how-Vergabe und ihre Abgrenzung gegenüber ähnlichen Verträ- gen	67
1. Arten des Know-how-Vertrages	71
a) Differenzierung nach der Stellung der Know-how-Vergabe innerhalb des Ver- tragsrahmens	73
b) Differenzierung nach dem Umfang der eingeräumten Befugnisse	75

c) Differenzierung nach der Dauer des Vertrages	79
d) Differenzierung hinsichtlich inhaltlicher Beschränkungen in Bezug auf die eingeräumten Befugnisse	80
e) Weitere Differenzierungsmerkmale	80
2. Abgrenzung gegenüber ähnlichen Verträgen ..	81
a) Technischer Hilfsvertrag	82
b) Engineering-Vertrag	83
c) Forschungsauftrag	83
d) Regievertrag	84
e) Lizenzvertrag	84
f) Kooperationsvertrag	85
III. Die Rechtsnatur des Know-how-Vertrages	85
1. Versuche einer Einordnung unter gesetzlich geregelte Vertragstypen des Zivilrechts ..	86
a) Kaufvertrag (contrat de vente)	86
b) Miet-/Pachtvertrag (contrat de louage) ..	88
c) Dienstvertrag (louage de service)	90
d) Werkvertrag (contrat d'entreprise)	91
e) Gesellschaftsvertrag (contrat de société) ..	92
2. Anwendbare Bestimmungen	92
<u>2. Teil: DIE VERTRAGSSTRAFE ALS REGELUNGSMITTEL ZUR GESTALTUNG VON KNOW-HOW-VERTRÄGEN</u>	<u>94</u>
<u>A. Schwierigkeiten der Vertragsgestaltung</u>	<u>96</u>
I. Die Bestimmung der den Parteien eines Know-how-Vertrages obliegenden Rechte und Pflichten ..	97
1. Techniken der Vertragsgestaltung	98
a) Vollständigkeit	98
b) Schriftform	99
c) Aufbau	100
2. Die inhaltliche Gestaltung der Vertragsbeziehungen	102
a) Das vorvertragliche Stadium	103
b) Der Know-how-Vertrag	106
(1) Die Pflicht zur Mitteilung des Know-how	106
(2) Die Pflicht zur Zahlung der Know-how-Gebühren	108

	<u>Seite</u>
(3) Der Umfang der Know-how-Benutzung .	111
(4) Der Schutz des Know-how	113
c) Die Rechtsbeziehungen nach Vertragsbe- endigung	115
II. Die Haftung der Vertragsparteien	117
1. Die Durchsetzbarkeit der Vertragspflichten	118
a) Die rechtlichen Schwierigkeiten	118
b) Die tatsächlichen Schwierigkeiten	120
2. Die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung, ins- besondere der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung	121
a) Die allgemeinen Anspruchsvoraussetzun- gen	122
b) Der Anspruchsinhalt	124
c) Die Schadensberechnung	125
3. Konsequenzen für die Vertragsgestaltung ..	128
B. <u>Die Vertragsstrafe als Lösungsansatz</u>	130
I. Das Institut der Vertragsstrafe	131
1. Länderberichte	132
a) Deutschland	
(1) Begriff und Anwendungsbereich der Ver- tragsstrafe	132
(2) Funktionen der Vertragsstrafe	133
(3) Abgrenzung gegenüber ähnlichen Rechts- gebilden	135
(a) Das selbständige Strafversprechen	135
(b) Das Garantieverprechen	137
(c) Die Verfallklausel	137
(d) Das Reuegeld	138
(e) Der pauschalierte Schadensersatz .	138
(f) Der Schadensbeweisvertrag	140
(4) Die rechtlichen Grundlagen der Vertrags- strafe	141
(a) Die Wirksamkeitsvoraussetzungen ..	142
(b) Die Verwirkung der Vertragsstrafe	144
(c) Das Verhältnis zwischen der Ver- tragsstrafe und sonstigen vertrag- lichen Ansprüchen	149
(d) Die richterliche Kontrolle der Ver- tragsstrafe	155

	<u>Seite</u>
1. Die Billigkeitskontrolle gemäß § 343 BGB	156
2. Der Ausnahmetatbestand des § 348 HGB ..	159
b) Frankreich	
(1) Begriff und Anwendungsbereich der clause pénale	163
(2) Funktionen der clause pénale	164
(3) Abgrenzung gegenüber ähnlichen Rechtsgebilden	165
(a) Die "astreinte"	166
(b) Die "arrhes"	166
(4) Die rechtlichen Grundlagen der clause pénale	167
(a) Die Wirksamkeitsvoraussetzungen ..	168
(b) Die Verwirkung der clause pénale .	170
(c) Das Verhältnis zwischen der clause pénale und sonstigen vertraglichen Ansprüchen	171
(d) Die richterliche Kontrolle der clause pénale	172
1. Art. 1231 Code civil	173
2. Art. 1152 Code civil	177
c) Belgien	
(1) Das Prinzip der "irréductibilité" der clause pénale	184
(2) Die neue höchstrichterliche Rechtsprechung zur clause pénale	185
(3) Kritik an der neuen Rechtsprechung ...	191
(4) Schlußfolgerungen	193
2. Rechtsvergleich zwischen den Ländern Deutschland, Frankreich und Belgien	197
a) Gemeinsamkeiten	197
b) Unterschiede	198
(1) Die Funktion der Vertragsstrafe	198
(2) Die Verwirkungsvoraussetzungen	200
(3) Das Verhältnis zwischen Strafe und sonstigen vertraglichen Ansprüchen	202
(4) Die richterliche Kontrollmöglichkeit der verwirkten Strafhöhe	204

	<u>Seite</u>
c) Zusammenfassung	207
II. Ergebnis	209
1. Die Vertragsstrafe als Mittel zur Erfüllungssicherung	210
a) Das Bedürfnis zusätzlicher Erfüllungssicherung	210
b) Die Erfüllungssicherung	210
(1) Der Anwendungsbereich	211
(2) Der Inhalt der Vereinbarung	212
(a) Die Verwirkungsvoraussetzungen .	213
(aa) Die Bestimmung der zu sichernden Hauptverbindlichkeit	213
(bb) Der objektive Verwirkungstatbestand	214
(cc) Die subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen	218
(dd) Die Verteilung der Beweislast	219
(b) Art und Höhe der Strafe	219
(aa) Geldstrafe	219
(bb) Die Strafhöhe	220
(cc) Das Verhältnis zwischen Strafanspruch und sonstigen vertraglichen Ansprüchen ..	220
(c) Der Schadensnachweis und die nachträgliche Überprüfung der Strafhöhe	223
2. Die Vertragsstrafe als Mittel zur antizipierten Schadensberechnung	225
a) Das Bedürfnis antizipierter Schadensberechnung	225
b) Die antizipierte Schadensberechnung	225
(1) Der Anwendungsbereich	226
(2) Der Inhalt der Vereinbarung	226
(a) Das Verhältnis zwischen Strafanspruch und sonstigen vertraglichen Ansprüchen	227
(b) Der Schadensnachweis	229
(c) Die nachträgliche Überprüfung der Anspruchshöhe	229

	<u>Seite</u>
3. Die Vertragsstrafe als Mittel zur betragsmäßigen Haftungsbeschränkung	231
a) Das Bedürfnis zur Haftungsbeschränkung	231
b) Die betragsmäßige Haftungsbeschränkung	232
(1) Der Anwendungsbereich	232
(2) Der Inhalt der Vereinbarung	233
(a) Das Verhältnis zwischen Strafanspruch und sonstigen vertraglichen Schadensersatzansprüchen	233
(b) Der Schadensnachweis	233
(c) Die nachträgliche Überprüfung der Anspruchshöhe	234
III. Schlußbemerkung	235

Abkürzungsverzeichnis

Ann.	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire (Frankreich)
BB	Der Betriebs-Berater
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BIRPI	Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Industrielle
Cah.dr.ent.	Cahiers de droit de l'entreprise (Frankreich)
Cass.com.	Cour de cassation commercial
Cass.crim.	Cour de cassation criminel
C.c.	Code civil
C.c.b.	Code civil belge
C.c.fr.	Code civil français
C.p.	Code pénal
D.	Recueil Dalloz, Teil Jurisprudence (Frankreich)
D.Somm.	Recueil Dalloz, Teil Sommaires (Frankreich)
DB	Der Betrieb
E.C.E.	Economic Commission of Europe
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Inlandsteil)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
IHK	Internationale Handelskammer
Ing.cons.	Revue de droit intellectuel - L'Ingénieur-conseil (Belgien)

J.C.C.	Juris-Classeur Commercial (La Semaine Juridique) (Frankreich)
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique) (Frankreich)
J.O.	Journal Officiel (Frankreich)
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
ORGALIME	Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes
P.	Pasicrisie Belge
PatG	Patentgesetz
Prop.ind.	La Propriété industrielle
Rev.int.dr.comp.	Revue internationale de droit comparé (Frankreich)
RG	Reichsgericht
S.	Recueil Sirey (Frankreich)
StGB	Strafgesetzbuch
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VDMA	Verein Deutscher Maschinenbau-Anstalten e.V.
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

Bezüglich der übrigen verwendeten Abkürzungen wird auf KIRCHNER, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechts-sprache, zweite Auflage, Berlin 1968, sowie das Abkür-zungsverzeichnis in GRUR-Berichte, I, 1976, S. 1-7, verwiesen.

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher, Kommentare, Monographien

- | | |
|--|--|
| ARMINJON-NOLDE-WOLFF | Traité de Droit Comparé, 3 Bände,
Paris, 1950 ff. |
| BAUMBACH, Adolf -
HEFERMEHL, Wolfgang | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
Bd. 1, 11. Aufl., München 1974. |
| BAUMBACH - LAUTERBACH -
ALPERS - HARTMANN | Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz und Nebengesetzen,
Kurzkomentar, 34. Aufl.,
München 1976 |
| BECKER, Ursula | Verträge der Exportwirtschaft.
Frankfurt/Main 1971. |
| BERTIN, André | Le secret en matière d'inventions.
Paris 1965. |
| BÖHME, Werner | Die Besteuerung des Know-how.
München und Berlin 1967. |
| BROX, Hans | Allgemeines Schuldrecht, 5. Aufl.,
München 1976. |
| CARBONNIER, Jean | Droit Civil. Bd. II, 5. Aufl.,
Paris 1967. |
| Centre de droit de
l'entreprise aux
Librairies Techniques
(Hrsg.) | Nouvelles techniques contractuelles.
Know-how - franchising - engineering -
leasing.
Montpellier 1970. |
| CROY, Léopold E. de | Licensing in Belgien.
Länderbericht in POLIZIEN-LANGEN,
op.cit. |
| DALCQ, Roger O. | Traité de la responsabilité civile.
2 Bände. Brüssel 1959 - 1962. |
| DALLOZ | Nouveau Répertoire de Droit.
Paris 1947. |

- DALLOZ
Encyclopédie juridique.
Répertoire de droit commercial.
Loseblattsammlung. 3 Bände.
Paris 1973.
- DARGIER de SAINT VAULRY, Yves
Le régime juridique de connaissances
techniques non-brevetées.
Thèse, Toulouse 1968.
- DEKKERS
Précis de Droit Civil Belge.
3 Bände.
Brüssel 1954.
- DEMIN, Paul
Le contrat de know-how. Etude de
sa nature juridique et du régime
fiscal dans les pays du Marché
Commun.
Brüssel 1968.
- DÜRINGER-HACHENBURG-
Sachbearbeiter
Das Handelsgesetzbuch. IV. Band.
3. Aufl.,
Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
- ENNECCERUS, Ludwig -
LEHMANN, Heinrich
Recht der Schuldverhältnisse.
Ein Lehrbuch. 15. Bearbeitung.
Tübingen 1958.
- ERMAN, Walter -
WESTERMANN, Harm Peter
Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch.
6. Aufl., Münster/Westf. 1975.
- ESSER, Josef
Schuldrecht. Ein Lehrbuch.
Band I, Allgemeiner Teil,
4. Aufl., Karlsruhe 1970.
- FERID, Murad
Das Französische Zivilrecht.
2 Bände.
Frankfurt a.M. und Berlin, 1971.
- FIKENTSCHER, Wolfgang
Schuldrecht.
6. Aufl., Berlin, New York 1976.
- FRANÇON, André
Vorwort zu MAGNIN, op.cit., 1974.
- FREDERICQ, Louis
Traité de Droit Commercial Belge.
Band 2, Gent 1947.

- GAUL, Dieter -
BARTENBACH, Kurt Handbuch des Gewerblichen Rechts-
schutzes.
Loseblatt-Ausgabe. 2. Aufl.,
Köln-Marienburg, Stand: Aug. 1974.
- Patentlizenz- und Know-how-Vertrag.
2. Aufl., Köln 1973.
- GODIN, Hans Frhr. von Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Ge-
setz gegen den unlauteren Wettbe-
werb nebst Warenzeichenverletzungen,
Zugabeverordnung und Rabattgesetz.
2. Aufl., Berlin, New York 1974.
- HAINES, Hartmut Bereicherungsansprüche bei Waren-
zeichenverletzungen und unlauterem
Wettbewerb.
München 1970.
- HENN, Günther Problematik und Systematik des In-
ternationalen Patentlizenz-Vertrages.
München 1967.
- HUBMANN, Heinrich Gewerblicher Rechtsschutz. Ein Stu-
dienbuch. 3. Aufl.,
München 1974.
- KATZENBERGER, Paul Recht am Unternehmen und unlauterer
Wettbewerb.
München, Köln, Berlin 1967.
(Zugleich Dissertation, München 1966.)
- KLAUER, Georg -
MÖHRING, Philipp Patentrechtskommentar.
2 Bände. 3. Aufl.,
München 1971.
- KNIEPER, Rolf Der Einfluß des Gesetzes gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen auf Überlas-
sung und Nutzung von Betriebsge-
heimnissen.
Frankfurt a.M., Jur. Diss., 1968.
- KNOPPE, Helmut Die Besteuerung der Lizenz- und
Know-how-Verträge.
2. Aufl., Köln 1972.

- LARENZ, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
2. Aufl.,
Berlin, Heidelberg, New York 1969.
- Lehrbuch des Schuldrechts.
Band 1, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.,
München 1976.
Band 2, Besonderer Teil, 10. Aufl.,
München 1972.
- LINDACHER, Walter F. Phänomenologie der Vertragsstrafe.
Frankfurt am Main 1972.
- LINDENMAIER Das Patentgesetz.
und Bearbeiter 6. Aufl.,
Köln, Berlin, Bonn, München 1973.
- MAASS, Hans-Heinrich Information und Geheimnis im Zivil-
recht.
Stuttgart 1970.
- MACK, Manfred Neuere Vertragssysteme in der BRD.
Studie zum Franchising (Absatz-
systeme).
Bielefeld 1975.
- MAGNIN, François Know-how et Propriété Industrielle.
Thèse, Dijon 1971.
- Know-how et Propriété Industrielle.
Paris 1974.
- MARTY-RAYNAUD Droit Civil.
Bd. I und Bd. II, 1.
Paris 1956 - 1962.
- MARUANI, Charles La Clause Pénale.
Thèse, Paris 1935.
- MAZEAUD, Henri et Léon Traité théorique et pratique de la
responsabilité civile délictuelle
et contractuelle.
3 Bände, 5./6. Aufl.,
Paris 1958 - 1965.
- MOUSSERON, Jean-Marc Contribution à l'analyse objective
du droit du brevetée d'invention.
Thèse, Montpellier 1960.

- MÜLLER-HENNEBERG, Hans - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht.
SCHWARTZ, Gustav Gemeinschaftskommentar. 3. Aufl.
Köln, Berlin, Bonn, München 1972 ff.
- PAGE, Henri de Traité Élémentaire de Droit Civil
Belge. Band 3.
Brüssel 1967.
- PALANDT - Bürgerliches Gesetzbuch.
Sachbearbeiter 35. Aufl.,
München 1976.
- PFISTER, Bernhard Das technische Geheimnis 'Know-how' als Vermögensrecht.
München 1974.
- PLANIOL-RIPERT Traité Pratique de Droit Civil
Français.
Bd. I - XIII, 4. Aufl.,
Paris 1948 ff.
- POLIZIEN, Götz M. - International Licensing Agreements.
LANGEN, Eugen 2. Aufl., New York 1973.
- REICH, Joachim - Muster für Patentlizenzenverträge.
LINDSTAEDT, Wolfgang Heidelberg 1973.
- ROSENBERG, Leo Die Beweislast.
5. Aufl., München 1965.
- ROUBIER, P. Le droit de la propriété industrielle.
2 Bände.
Paris 1952 f.
- SCHLEGELBERGER - Handelsgesetzbuch.
Sachbearbeiter Bd. III, 4. Aufl.,
Berlin und Frankfurt a.M., 1965.
- SCHLOSSER, Peter Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit.
2 Bände,
Tübingen 1975.

- SOERGEL, Hs.Th. -
SIEBERT, W. Bürgerliches Gesetzbuch.
Kohlhammer-Kommentar.
Bd. 2, Schuldrecht I, bearbeitet
von Reimer SCHMIDT. 10. Aufl.,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967.
- STARCK, Boris Droit Civil. Obligations.
Paris 1972.
- STAUDINGER, J. von -
Sachbearbeiter Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch.
11. Aufl., Berlin 1954 ff.
- STUMPF, Herbert Der Know-how-Vertrag.
2. Aufl., Heidelberg 1971.
- TETZNER, Heinrich Kartellrecht. Ein Leitfaden.
2. Aufl., München, Berlin 1967.
- ULMER, Eugen Das Recht des unlauteren Wettbewerbs
in den Mitgliedstaaten der Europäi-
schen Wirtschaftsgemeinschaft
- Bd. I: Vergleichende Darstellung mit
Vorschlägen zur Rechtsangleichung
(von Eugen ULMER unter Mitwirkung
von Friedrich-Karl BEIER),
München - Köln 1967.
- Bd. II/1: Belgien-Luxemburg
(Belgien von Gerhard SCHRICKER unter
Mitwirkung von Bernard FRANCO; zit.:
ULMER - SCHRICKER. - Luxemburg von
Detlef WUNDERLICH), München - Köln
1967.
- Bd. III: Deutschland (von Dietrich
REIMER, zit.: ULMER-REIMER),
München - Köln 1968.
- Bd. IV: Frankreich (von Rudolf
KRASSER unter Mitwirkung von Guy
SALLERIN und Ulrich SCHATZ, zit.:
ULMER-KRASSER), München - Köln 1967.
- Die Immaterialgüterrechte im inter-
nationalen Privatrecht.
Rechtsvergleichende Untersuchung mit
Vorschlägen für die Vereinheitlichung
in der Europäischen Wirtschaftsge-
meinschaft.
Köln, Berlin, Bonn 1975.

- VOUIN, Robert - Droit Privé, Civil et Commercial.
ROBINO, Pierre Bd. 2, Paris 1967.
- ZWEIGERT, Konrad - Einführung in die Rechtsvergleichung
KOTZ, Hein auf dem Gebiete des Privatrechts.
Bd. I: Grundlagen, Tübingen 1971.
Bd. II: Institutionen, Tübingen 1969.

II. Aufsätze in Zeitschriften, Urteilsanmerkungen, Berichte
und Beiträge

- ALFANDARI, Elie Le contrôle des clauses pénales
par le Juge.
J.C.P. 1971, I, 2395.
- A.N.B.P.P.I. Rapport de la Commission sur la
(Association Nationale protection légale du 'know-how'.
Belge pour la Protection Brüssel 1959.
de la Propriété Indu-
strielle)
- BAUDOIN, Elisabeth Crédit, Usure, Justice ou Déclin de
la Clause Pénale?
Recueil Général des Lois et de la
Jurisprudence, 1968.
- BEGUIN, Jacques Clause Pénale: Encyclopédie Dalloz,
Civ., 1971.
- BEIER, Friedrich-Karl Zukunftsprobleme des Patentrechts.
GRUR 1972, 214 - 225.
- BELKE, Rolf Die Schadenspauschalierung in All-
gemeinen Geschäftsbedingungen.
Der Betrieb 1969, 559 - 565 und
603 - 606.
- BEUTHIEN Pauschalierter Schadensersatz und
Vertragsstrafe.
Festschrift für Karl Larenz zum
70. Geburtstag,
München 1975, S. 495 ff.

- BOCCARA, Bruno La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'article 1231 du Code civil.
J.C.P. 1970, I, 2294.
- BÖTTICHER Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle.
Zeitschrift für Arbeitsrecht 1970, 3 ff.
- CARDON, Gilberte La protection du know-how est souhaitable: comment la réaliser?
Ing. Cons. 1968, 194 - 199.
- CHAVANNE, A. La loi du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention.
J.C.P. 1968, I, 2186.
- La protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970.
Rev.sc.crim. 1971, 605.
- GOGNET, Alain -
KAUFFMANN, Jean-Roger Problèmes fiscaux du know-how.
Cahiers de droit de l'entreprise, 1972, Nr. 1, S. 15 ff.
- DELEUZE, Jean-Marie -
LEVY-MORELLE, Henry Licences de brevets et de 'know how' de procédés industriels.
In: Contrats d'engineering, Rapport préliminaire du groupe de travail belge.
Liège 1964. S. 137 - 177.
- DERINGER, Arved Internationale Lizenzverträge und Antitrustrecht.
GRUR Int. 1968, 179 - 193.
- DURAND, Patrick Le "Know-How".
J.C.P. 1967, I, 2078.
- FINGER, Peter Die Offenkundigkeit des mitgeteilten Fachwissens bei Know-how-Verträgen.
GRUR 1970, 3 - 9.

- FORKEL, Hans Zur Übertragbarkeit geheimer Kenntnisse.
Festschrift für Schnorr von Carolsfeld zum 75. Geburtstag.
Köln, Berlin, Bonn, München 1972,
S. 105 - 123.
- FURKEL, Françoise Urteilsanmerkung zu Cass. com. vom
30.4.1974, J.C.P. 1976, II, 18282.
- GASPAR, Florent Faut-il instaurer une protection
spéciale du 'Know-How'?
Ing. Cons. 1958, 22 - 24.
- Gericke, Werner Die Wirkung der Zurechnungsvorschrift des § 8 Ziff. 7 GewStG bei
Lizenzen, Know-how-Verträgen und
gemischten Verträgen.
Finanzrundschau 1963, 330 - 334.
- HERTIN, Paul-Wolfgang Zur Wirksamkeit der Pauschalierung
von Schadensersatz in Allgemeinen
Geschäftsverbindungen des Verkäufers.
MDR 1969, 816 - 818.
- KRASSER, Rudolf Der Schutz des Know-how nach deutschem
Recht.
GRUR 1970, 587 - 597.
- LADAS, S.P. La protection légale du know-how.
Prop.ind. 1963, 222 ff.
- LÖWISCH, Manfred -
WÜRTENBERGER, Thomas Vertragsstrafe und Betriebsstrafe
im Arbeitsrecht.
JuS 1970, 261 - 267.
- MALAUURIE, Philippe Urteilsanmerkung zu Cass.com. v.
10.7.1972.
D. 1972, 728 - 730.
- MATHELY, P. Lettre de France: Prop. ind. 1969,
185.
- *
- MOREAU-MARGREVE, Irma Une institution en crise: la clause
pénale.
Revue critique de Jurisprudence
Belge 1972, 459 - 504.

- MOUSSERON, Jean-Marc Le Know-how - Guide pratique pour l'élaboration d'un contrat. Association Internationale de Droit Comparé, Faculté Internationale pour l'enseignement du droit comparé, Strasbourg 1970.
- Problèmes juridiques du know-how. Cahiers de droit de l'entreprise, Nr. 1, 1972.
- NIRK, Rudolf Der Lizenz- und Know-how-Vertrag nach französischem und deutschem Recht. Bericht über das dritte gemeinsame Seminar der Juristischen Fakultäten von Montpellier und Heidelberg. Montpellier 1973.
- PANEL, F. Les conditions d'une balance favorable des échanges de matière grise au niveau de l'entreprise. Prop. ind. et Marché Commun, Colloque Lyon 1965. Paris 1966.
- PFAFF, Dieter Der Know-how-Vertrag im bürgerlichen Recht. Betriebs-Berater 1974, 565 - 570.
- PLAISANT, R. Les inventions non brevetées. Juris-Classeur Commercial, Annexes, Fascicule III bis, 5, 1966.
- PLAISANT, R. -
SAYN, J.-Y. Know-how. Juris-Classeur Commercial, Fascicule III ter, Mai 1973.
- RASCH, Harold Beratungskosten an ausländische Konzernmuttergesellschaften. Betriebs-Berater 1963, 1094 - 1095.
- SCHRANS, Guy La localisation de la possession personnelle antérieure en matière de brevets d'invention. Mit Anmerkung von Florent GASPAR. Ing. Cons. 1965, 189 - 206.

- SCHRICKER, Gerhard Das belgische Gesetz über Handelspraktiken. Neue Vorschriften über unlauteren Wettbewerb, Ursprungsbezeichnungen, Zugaben, Sonderveranstaltungen, Preis- und Mengenauszeichnung sowie verwandte Gebiete. GRUR Int. 1972, 184 - 201.
- SCHUMACHER, Hermann Bedeutung und Behandlung von Know-how-Verträgen unter Europäischem Kartellrecht. Beiträge zum EWG-Kartellrecht. Köln, Berlin, Bonn, München 1972.
- SEGRE, Tullio Clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé. Rev. intern. de droit comparé 1970, 299 - 311.
- SIEG, Karl Korrektur von Rechtsgeschäften durch den Prozeßrichter. NJW 1951, 506 - 509.
- SKAUPY, Walther Know-how-Vereinbarungen und Kartellrecht. GRUR 1964, 539 - 546.
- TETZNER, Heinrich Zwei aktuelle Fragen aus dem Patentrecht. GRUR 1973, 62 - 63.
- TROLLER, Alois Das technische Geheimnis im System des Immaterialgüterrechts. GRUR Int. 1958, 385 ff.
- La protection du know-how. Rapport général présenté au Congrès de Pescara, 1970.
- VANDER HAEGHEN, Alfred Partage des droits intellectuels en propriété industrielle et en droit d'auteur. Ing. Cons. 1954, 189 - 201 und 237 - 245.
- VAN DER VELDE, K. Zur steuerlichen Behandlung der Erfindungshingabe (Know-how). Der Betrieb 1961, 719.

WAGRET, J.M.

Quelques aspects de l'économie des brevets d'invention.
Prop.ind. 1966, 208.

III. Materialien

ECONOMIC COMMISSION OF
EUROPE (ECE)

Ausschuß Industrie und Grundprodukte. Leitfaden für die Abfassung von Verträgen über die internationale Know-how-Überlassung in der metallverarbeitenden Industrie.
TRADE/222, IM/WP. 5/83.

GENERALSEKRETARIAT DER
VEREINTEN NATIONEN

Bericht über die Rolle des Patents beim Technologietransfer.
New York 1964.

GESETZESMATERIALIEN zu:

Loi no. 75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale (J.O. 10 juillet, p. 7076):

Proposition de loi, présentée par M. FOYER, 4/5 décembre 1974, No. 1365, Assemblée Nationale.

Rapport par M. GERBET, 30 avril 1975, No. 1603, Assemblée Nationale.

Rapport par M. Jacques THYRAUD, 12 juin 1975, No. 386, Sénat.

KOMMISSION DER INTERNATIONALEN
HANDELSKAMMER, Paris

Sitzungsbericht v. 17.2.1961, Paris, Dok. Nr. 450/198.

ORGALIME (Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes)

Leitfaden zur Abfassung von Know-how-Verträgen.
3. Aufl., Brüssel 1970.

UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT
ORGANIZATION,
Vienna

Guidelines for the Acquisition of Foreign Technology in Developing Countries.
U.N. Publication, I D/98, 1973.

VDMA - Verein Deutscher
Maschinenbau-Anstalten
e.V.

Sonderveröffentlichung der Rechtsab-
teilung, Nr. 1/64: Der Know-how-
Vertrag.
Frankfurt am Main 1964.

VDMA - Verein Deutscher
Maschinenbau-Anstalten
e.V.

Sonderveröffentlichung der Außenhan-
delsabteilung: Lizenzverträge mit aus-
ländischen Lizenznehmern.
Frankfurt am Main 1967.

EINLEITUNG

Der Austausch gewerblicher Kenntnisse stellt in einer industrialisierten und arbeitsteiligen Wirtschaft und zunehmend auch im Wirtschaftsverkehr zwischen Ländern unterschiedlicher wirtschaftlicher Entwicklungsstufe einen bedeutenden Wettbewerbsfaktor¹ dar. Die ständige Verbesserung technischer und organisatorischer Arbeitsmethoden ist heute eine entscheidende Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit vieler Wirtschaftsbetriebe.²

Ein Unternehmen, dem die Entwicklung solcher Kenntnisse entweder nach Umfang oder Qualifikation unmöglich ist oder zeitlich und kostenmäßig unrentabel erscheint, kann sich diese auf dem "Erfindungsmarkt"³ erwerben. Umgekehrt kann ein Unternehmen durch eine entgeltliche Veräußerung oder gebrauchswise Überlassung seiner Kenntnisse einen Teil der Forschungs- und Entwicklungskosten auf Dritte abwälzen und unter Umständen sogar zusätzliche Einnahmen erzielen.

-
- 1) Wie TROLLER mit Recht festgestellt hat, erfüllen nicht sämtliche technischen und organisatorischen Kenntnisse diese Voraussetzung. Zwar sind auch sie grundsätzlich als ein Wirtschaftsgut anzusehen, aber einen echten Wettbewerbsfaktor stellen diese Kenntnisse erst dar, wenn sie dem Inhaber ermöglichen, etwas zu tun, was seine Konkurrenten nicht tun können oder nicht tun dürfen. Vgl. TROLLER, op.cit., S. 152.
 - 2) NIRK, op.cit., Montpellier 1973, S. 40 f., bringt ein sehr anschauliches Beispiel dafür, daß die Erlangung eines bestimmten Know-how Voraussetzung für eine konkurrenzfähige Ausgangsbasis sein kann, dargestellt am Fall der Zusammenarbeit zwischen der deutschen AEG-Telefunken-Gesellschaft mit dem General-Electric-Konzern in den USA und der Firma Hitachi in Japan.
 - 3) Vgl. HENN, op.cit., S. 7.

Die bislang gebräuchlichste Form für den Transfer gewerblichen, d.h. insbesondere technischen Wissens, ist der Patentlizenzvertrag. Daneben hat heute, häufig auch in Verbindung mit der Lizenzierung eines Schutzrechtes, der sog. Know-how-Vertrag zunehmend an Bedeutung gewonnen.¹

Der Hauptunterschied zwischen diesen beiden Vertragsarten besteht darin, daß beim Lizenzvertrag der Vertragsgegenstand ein Schutzrecht ist, welches seinem Inhaber eine gesetzlich geschützte Monopolstellung gewährt, während beim Know-how-Vertrag das Know-how als solches keinen entsprechenden Schutz genießt.

Die Verkehrsfähigkeit des Know-how hängt wesentlich vom Inhalt der vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien des Austauschverhältnisses ab: Denn mangels eines spezifischen gesetzlichen Schutzes gegen den Mißbrauch und die unerlaubte Benutzung oder Verbreitung des Know-how ist es notwendig, daß die an einer Know-how-Vergabe beteiligten Parteien durch Vereinbarung besonderer Schutzvorkehrungen auf der Grundlage vertraglicher Beziehungen wenigstens einen relativen Schutz des Know-how sicherstellen.

Sowohl die Klarheit der Vertragsgestaltung als auch

1) Lt. STUMPF, op.cit., S. 19, Rdnr. 1, halten sich beide Vertragsarten durchaus die Waage. Vgl. auch die Aufstellungen bei MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 513; danach erstreckten sich 43,2 % von 1.215 untersuchten Verträgen zur Übertragung gewerblicher Kenntnisse, zum größten Teil in Verbindung mit der Vergabe von Schutzrechtslizenzen, auf gewerbliches Know-how.

eine exakte Bezeichnung sämtlicher zwischen den Vertragsparteien bestehenden Rechte und Pflichten sind zur Erreichung dieses Zieles unerlässlich.¹ Wegen der unkörperlichen und geistigen Natur des Know-how und der damit zusammenhängenden Gefahren für seinen Bestand kommt daneben der Sicherung der gehörigen Erfüllung der Vertragspflichten eine wesentliche Bedeutung zu. Das gilt insbesondere bezüglich der für Know-how-Verträge typischen Geheimhaltungspflichten sowie der auf eine Beschränkung der Know-how-Benutzung abzielenden Vertragsvereinbarungen. Desgleichen empfiehlt es sich, schon bei Vertragsabschluß all die Folgen zu regeln, die sich aus einer Schlecht- oder Nichterfüllung von Vertragspflichten ergeben können; dazu zählen insbesondere Regelungen über den Schadensersatz und die Haftung zwischen den Parteien der Know-how-Vergabe.

Die vertraglichen Gestaltungsmittel, derer sich die Parteien zur Verfolgung dieser Ziele bedienen können, sind vielfältig.² Ein Gestaltungsmittel, das der Gesetzgeber den Parteien eines Vertrages ausdrücklich zur Disposition gestellt hat, scheint indessen im Zusammenhang mit der Lösung der bei der Übertragung oder Überlassung von nicht-geschütztem gewerblichen Wissen auftretenden Schwierigkeiten besonders geeignet zu sein: die Vertragsstrafe.

-
- 1) Vgl. STUMPF, Op.cit., Rdnr. 13; MOUSSERON, Guide pratique, Turin 1970, Nr. 5; DELEUZE/LEVY-MORELLE, op.cit., S. 175; E.C.E., Leitfaden, Rdnr. 23 ff.
 - 2) Eine Entscheidung über sie kann nicht abstrakt getroffen werden; vielmehr entscheidet darüber stets der Einzelfall sowie der von den Parteien mit dem konkreten Vertrag angestrebte Zweck. Dabei darf nicht übersehen werden, daß die wirtschaftliche Stellung der Vertragsparteien für die Art der Vertragsgestaltung stets mitentscheidend ist.

Dieses Rechtsinstitut vereinigt in sich gleichzeitig drei Funktionen, die im vorliegenden Zusammenhang bedeutsam sein können:

1. Druckmittel zur Einhaltung von Vertragspflichten;
2. Mittel zur einvernehmlichen, antizipierten Schadensberechnung;
3. Mittel zur vertraglichen Haftungsbeschränkung.

Eine Untersuchung der bisherigen Vertragspraxis in den Ländern Deutschland, Frankreich und Belgien an Hand veröffentlichter Vertragsmuster sowie einer Vielzahl praktischer Einzelverträge hat ergeben, daß das Rechtsinstitut der Vertragsstrafe im Rahmen der vertraglichen Know-how-Vergabe in der Vergangenheit keine nennenswerte Rolle gespielt hat.

Die vorliegende Arbeit betritt deshalb Neuland. Sie stellt den Versuch dar, all die Fragen zu untersuchen, die sich bei der Verwendung von Vertragsstrafen in Know-how-Verträgen stellen können, um schließlich eine Antwort auf die Frage zu geben, ob und - bejahendenfalls - in welcher Weise die Vertragsstrafe einen Beitrag zur Lösung aktueller Probleme der vertraglichen Know-how-Vergabe zu leisten vermag.¹

Eine rechtsvergleichende Behandlung dieser Frage erscheint dabei in gleicher Weise von praktischem wie theoretischem Wert. Einerseits begreift die Rechtspraxis, die

1) Die Untersuchung erstreckt sich dagegen nicht auf die Verwendung der Vertragsstrafe zur Sicherung von dienst- oder arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten, welche den Schutz vor unerlaubter Know-how-Verbreitung oder Benutzung betreffen.

sich mit den Bedürfnissen einer international verflochtenen Wirtschaft zu beschäftigen hat, die Problematik des Know-how-Vertrages ebenso wie die meisten Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes als ein internationales Problem. Die Betrachtungsweise der Praxis ist daher häufig schon von der Sache her "international". Eine Behandlung der damit zusammenhängenden Fragen kann sich somit notwendigerweise nicht auf ein nationales Rechtssystem beschränken, sondern muß gleichzeitig auch über die nationalen Grenzen hinausführen.

Andererseits ergibt sich der theoretische Wert einer rechtsvergleichenden Abhandlung des Problems aus dem Zweck der Rechtsvergleichung selbst: Ein Vergleich der verschiedenen rechtlichen Konzeptionen, die sich in jedem einzelnen Land im Hinblick auf das Thema der vorliegenden Arbeit ergeben, erlaubt es dort, wo sich ähnliche oder sogar übereinstimmende rechtliche Lösungen anbieten, die sich gegenseitig ergänzen oder im Einklang bringen lassen, den Gegenstand der Untersuchung zu erhellen. Dort hingegen, wo Divergenzen oder Widersprüche zwischen den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen auftreten, gilt es, die Ursache und das Ausmaß dieser Konflikte aufzuzeigen und nach Lösungsmöglichkeiten zu ihrer Überwindung zu suchen; dazu gehört auch eine Stellungnahme, welche der verschiedenen Regelungen der rechtlichen Natur des erörterten Problems sowie den davon berührten praktischen Bedürfnissen am meisten entspricht.

Die Beschränkung des Vergleichsspektrums auf die Länder Deutschland, Frankreich und Belgien bedarf einer Begründung: Es erscheint, zumal im Rahmen der vorlie-

genden Dissertation, im Interesse der Übersichtlichkeit der Abhandlung notwendig, die Zahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen zu beschränken.¹ Die hier getroffene Auswahl rechtfertigt sich aber besonders aus einem weiteren, sachlichen Grund. Es soll ein Vergleich des deutschen Rechts mit dem romanischen Rechtskreis unternommen werden. Als hervorragende Vertreter dieses Rechtskreises wurden daher die Länder Frankreich und Belgien ausgewählt.²

Im folgenden soll im ersten Teil der Arbeit eine Einführung in die allgemeine Problematik des Know-how-Vertrages gegeben werden. Im zweiten Teil der Arbeit soll sodann auf die eigentliche, eingangs gestellte Thematik, die Vertragsstrafe als Regelungsmittel zur Gestaltung von Know-how-Verträgen, eingegangen werden.

-
- 1) Vgl. ZWEIGERT-KÖTZ, op.cit., Bd. I, S. 39, welche im Zusammenhang mit der Auswahl der Rechtsordnungen, die in den Vergleichsprozeß einbezogen werden sollen, an den "Grundsatz weiser Beschränkung" appellieren.
 - 2) Vgl. ARMINJON-NOLDE-WOLFF, *Traité de droit comparé*, I, S. 47 f.; dort wird das französische Recht als die Mutterrechtsordnung des romanischen Rechtskreises bezeichnet, das belgische Recht als ein mit diesem verwandtes Tochterrecht. Die Stoffsammlung zu der vorliegenden Arbeit erstreckte sich ursprünglich auch auf das italienische Recht. Da in Italien aber die mit dem Know-how zusammenhängenden Rechtsfragen in Rechtsprechung und Literatur bislang nur wenig behandelt worden sind, und außerdem die Regelung der Vertragsstrafe im italienischen *Codice civile* (Art. 1382-1384) der seit dem 9.7. 1975 in Frankreich geltenden gesetzlichen Regelung weitgehend entspricht, konnte sich das Interesse eines Rechtsvergleichs der hier aufgeworfenen Fragen auf die Länder Deutschland, Frankreich und Belgien konzentrieren.

Die Gliederung der Arbeit erfolgt überwiegend nicht getrennt nach Länderberichten, sondern nach sachlichen Gesichtspunkten. Bei der Darstellung soll grundsätzlich von der deutschen Rechtslage ausgegangen und erst dann auf eine Untersuchung der Rechtslage in den benachbarten Ländern Frankreich und Belgien eingegangen werden.

1. Teil: EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK DES KNOW-HOW-
VERTRAGES

Das Phänomen "Know-how" ist immer noch viel zu neu, als daß man von gesicherten rechtlichen Grundlagen dieser Materie ausgehen könnte. Auch dann, wenn wie hier nur ein spezifischer Teilaspekt der Know-how-Problematik behandelt werden soll, erscheint es unerlässlich, in einem einführenden Kapitel den begrifflichen und rechtlichen Rahmen dieser Materie abzustecken.

Nicht kann es allerdings Aufgabe sein, eine geschlossene Abhandlung sämtlicher sich im Zusammenhang mit dem Know-how ergebender Fragen zu liefern. Die folgende Einführung konzentriert sich nur auf die für die Behandlung des Themas maßgeblichen Fragen, und läßt daher steuerrechtliche und kartellrechtliche Fragen unberücksichtigt.¹ Fragen des Internationalen Privatrechts sollen gleichfalls ausgeklammert bleiben.²

-
- 1) Dennoch sei auf wesentliche Arbeiten in diesen Bereichen hingewiesen:

Zum Steuerrecht: Deutschland: KNOPPE, "Die Besteuerung der Lizenz- und Know-how-Verträge", 2. Aufl., Köln 1972; BOEHME, "Die Besteuerung des Know-how", München 1967.

Frankreich: MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 533 - 549; COGNET/KAUFFMANN in cahiers de droit de l'entreprise, 1972, Nr. 1, S. 15 ff.

Belgien: DEMIN, op. cit., Bruxelles 1968.

Zum Kartellrecht: Deutschland: KNIEPER, op.cit., 1968; STUMPF, op.cit., Rdnr. 216 ff.; die in Vorbereitung befindliche Dissertation von HAPP, "Der 'Inhalt des Schutzrechts' bei der Anwendung des § 21 Abs. 1 GWB". Frankreich: MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 607 - 677.

- 2) Vgl. die kürzlich veröffentlichte Arbeit von Eugen ULMER, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, 1975, wo zu spezifischen Fragen der vertraglichen Know-how-Vergabe aber nicht Stellung genommen ist.

Der Aufbau des folgenden ersten Teiles gliedert sich in zwei Abschnitte. In Abschnitt A. sollen Fragen des Know-how als solchem behandelt werden: die Bedeutung und der Begriff des Know-how, ferner seine Rechtsnatur sowie Fragen seines gesetzlichen Schutzes. In dem zweiten Abschnitt B. wird es sodann um allgemeine Fragen des Know-how-Vertrages gehen, wobei neben rein rechtlichen Aspekten vor allem auch rechtstatsächliche Umstände berücksichtigt werden sollen.

A. Das Know-how als Vertragsgegenstand

Um den Gegenstand eines Know-how-Vertrages, das Know-how, besser beurteilen zu können, sollen zunächst einige Bemerkungen die Bedeutung des Know-how in der heutigen Wirtschaft verdeutlichen.

I. Die wirtschaftliche Bedeutung des Know-how

In der Praxis nehmen Verträge über nicht geschütztes technisches Wissen einen festen Platz ein. Sie sind in einigen Wirtschaftszweigen sogar zahlreicher als Patentlizenzverträge und auch wirtschaftlich gesehen oft von größerer Bedeutung.¹

Diese Beurteilung der wirtschaftlichen Bedeutung des Know-how und seiner kommerziellen Verwertung aus deutscher Sicht deckt sich mit derjenigen unserer beiden Nachbarländer Frankreich und Belgien.²

Es ist freilich schwierig, solche Urteile zahlenmäßig mit Sicherheit zu belegen. Vereinzelte Äußerungen einiger namhafter Vertreter aus dem Bereich der französischen Wirtschaft, welche auch konkrete Zahlenangaben enthalten, können, obwohl sie sich nur auf einzelne spezifische Wirtschaftsbereiche beziehen, stellvertretend für die gesamte

1) Vgl. FINGER, GRUR 1970, S. 9; auch STUMPF, op.cit., Rdnr. 11, betont die "wirtschaftliche Funktion" des Know-how ganz besonders.

2) Sie wird gleichfalls bestätigt aus internationaler Sicht durch Stellungnahmen internationaler Institutionen wie dem Generalsekretariat der Vereinten Nationen in seinem Bericht über die Rolle des Patents beim Technologietransfer in Entwicklungsländer, 1964, § D, S. 5, der französischsprachigen Ausgabe, und der Internationalen Handelskammer, Paris, Dok. Nr. 450/198.

Situation in der heutigen Wirtschaft zwar nur einen sehr begrenzten, aber dennoch sehr aufschlußreichen Eindruck vermitteln. M. GILBERT, dem Direktor der Abteilung "Accords et Propriété industrielle" des französischen Chemie-Konzerns Rhône-Poulenc S.A., zufolge entfallen von 1.000 Verträgen, welche sein Unternehmen abgeschlossen hat, lediglich 10 % auf solche Verträge, die in der Hauptsache ein gewerbliches Schutzrecht zum Gegenstand haben; in allen übrigen Verträgen überwiegt die Know-how-Vergabe. Nach Angaben von M. GAUDIN von der Compagnie Générale d'Electricité beträgt dasselbe Verhältnis innerhalb seines Unternehmensbereichs sogar nur 5 %, während laut M. TASSY von St.-Gobain-Pt.-à-Mousson von 700 Verträgen nicht mehr als zwei reine Schutzrechtslizenzen betrafen.¹

Weder in Deutschland noch in Belgien konnten vergleichbare konkrete Zahlenbeispiele ermittelt werden.

Wichtiger als statistisches Datenmaterial erscheint im Rahmen dieser Arbeit eine kurze Beleuchtung der Gründe, die für diesen Zustand verantwortlich sind. Drei Umstände dürften in diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung sein.

1. In einer zunehmend arbeitsteiligen Wirtschaft haben die Diversifikation und die Verfeinerung der Techniken generell zu einer Zunahme von Lizenz- und Know-how-Vertragsabschlüssen geführt.

1) Diese Aussagen wurden der Veröffentlichung eines Protokolls über ein Gespräch zwischen acht französischen Spezialisten über Fragen des Know-how aus dem Jahre 1972, abgedruckt in Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S.28/29, entnommen. Weitere statistische Angaben betreffend die Bedeutung des Know-how im Verhältnis zu gewerblichen Schutzrechten können bei F. PANEL, Les conditions d'une balance favorable des échanges de matière grise au niveau de l'entreprise, in Prop.ind. et Marché Commun, Colloque Lyon, 1965, éd. Dunod 1966, S. 51, nachgelesen werden.

2. Der zweite Umstand hängt mit dem ersten sehr eng zusammen. Arbeitsteilung und Spezialisierung in einer durch Wettbewerb zwischen einzelnen Wirtschaftssubjekten gekennzeichneten Wirtschaftsordnung sind nicht Selbstzweck, sondern wesentliche Rationalisierungsfaktoren. So verstanden, besteht die überragende wirtschaftliche Bedeutung von speziellen gewerblichen Kenntnissen nicht ausschließlich in dem Wettbewerbsvorteil, welche sie dem Inhaber dieses Wissens verleihen, sondern auch in der Tatsache, daß dann verschiedene Unternehmen vielfach auf demselben Gebiet nicht mehr denselben Forschungsaufgaben und Entwicklungskosten ausgesetzt sind. Denn in aller Regel stellt es für ein Unternehmen eine Zeit- und Kostenersparnis dar, wenn es von einem Dritten Kenntnisse erwerben kann, die für die Erzielung eines bestimmten technischen oder wirtschaftlichen Erfolges erforderlich sind. MAGNIN¹ führt einen bei J.M. WAGRET² zitierten Fall an, der diesen Rationalisierungseffekt sehr drastisch veranschaulicht. In diesem Fall hatte ein französisches Unternehmen der Elektroindustrie den Abschluß eines Patentlizenzen- und Know-how-Vertrages mit einem transatlantischen Unternehmen damit gerechtfertigt, daß die vereinbarten Gebühren pauschal ungefähr 2 % (!) des Kapitals ausmachten, das hätte investiert werden müssen, um auf autonome Weise zu denselben technischen Kenntnissen zu gelangen. Insofern liegt die wirtschaftliche Bedeutung des Know-how - neben dem Umstand, daß das Know-how seinem Inhaber eine wirtschaftliche Verwertung seiner eigenen Forschungs- und Entwicklungskosten ermöglicht - in seiner Übertragbarkeit.

3. Ein weiterer Umstand, welcher in letzter Zeit die Bedeutung des Know-how gesteigert hat, liegt darin - was

1) Op.cit., 1974, Nr. 483, Fußn. 2.

2) J.M. WAGRET, Quelques aspects de l'économie des brevets d'invention, in Prop.ind.1966, S. 208.

von einigen Autoren auch als die Krise des Patentrechts bezeichnet worden ist¹ und weltweit beobachtet werden kann -, daß zahlreiche Erfinder ihre Erfindungen nicht mehr zum Patent anmelden, sondern lieber den Verlust des Patentschutzes in Kauf nehmen, um damit die völlige Geheimhaltung ihres Wissens zu erreichen. Außerdem haben die mit einer Patenterteilung verbundenen Kosten (Patentgebühren) und Risiken, die angesichts der Kompliziertheit und der Anzahl der Verfahren² besonders hoch sind, schon manchen Erfinder von einer Anmeldung abgehalten.

Häufig ist auch der mit der Erfindung erzielte Wettbewerbsvorsprung wegen der immer kleiner werdenden Innovationsfrequenzen so kurzlebig, daß eine Patentierung auch aus diesen Gründen als unangebracht erscheinen kann. Das hat zur Folge, daß es heute sogar schon ganze Wirtschaftsbereiche gibt, in denen wertvolles Erfindungsgut nicht mehr zum Patent angemeldet wird. Es sind dies vor allem die stark in der Entwicklung befindlichen Sektoren wie die der Chemie, der Aeronautik und zum Teil auch der Elektronik.³

Gegen eine Anmeldung zum Patent sprechen nicht zuletzt auch Erfahrungen mit der Schwierigkeit, Patentverletzungsklagen erfolgreich durchzuführen.⁴

1) Vgl. NIRK, Montpellier 1973, S. 40/41; A. CHAVANNE, in Rev. trim. de droit comp., 1967, S. 1064; CARDON, in Ing. Cons. 1968, S. 196 f., mit ausführlicher Abwägung der mit einer Patentierung verbundenen Vor- und Nachteile.
Zu den Zukunftsproblemen des Patentrechts im allgemeinen vgl. BEIER, GRUR 1972, S. 214 ff.

2) Im Hinblick auf die bestehende Vielstaaterei dürfte das Europäische Patenterteilungsverfahren schon in absehbarer Zeit eine gewisse Verbesserung bringen.

3) Vgl. SCHUMACHER, op.cit., S. 47.

4) CARDON, in Ing. Cons. 1968, S. 196, weist in diesem Zusammenhang auch auf das im Patentrecht bestehende Recht der Vorbenutzung hin, wodurch der Wert eines Patentes nicht selten erheblich relativiert wird.

Wie NIRK allerdings festgestellt hat, hat diese beschriebene Flucht aus dem Patentrecht die wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten eines an sich patentfähigen, aber aus besagten Gründen nicht patentierten Wissens nicht entscheidend geschmälert.¹ Dafür spricht schon die heutige volkswirtschaftliche Stellung der Know-how-Vergabe.

Unabhängig davon hat es die technische Entwicklung außerdem mit sich gebracht, daß ein gewerbliches Schutzrecht, und so vor allem ein Patent, durch einen Dritten (Lizenznehmer) heute kaum mehr sachgemäß und wirtschaftlich genutzt werden kann, wenn diesem Nutzungsberechtigten nicht zugleich das technische Spezialwissen und die innerbetrieblichen Erfahrungen des Schutzrechtsinhabers mitüberlassen werden.^{2, 3}

Die wirtschaftliche Bedeutung des Know-how ist heute jedoch nicht auf den Bereich der Technik beschränkt; seine zunehmende Bedeutung auch auf nicht-technischem Gebiet kann nicht länger geleugnet werden. Mit Recht wird daher neben dem sog. technischen Know-how immer mehr die Bedeutung des sog. kommerziellen Know-how erkannt und betont.⁴

1) Op.cit., Montpellier 1973, S. 41.

2) Vgl. GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1969, Anm. A 57; MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 679, der eine anschauliche Beschreibung der Entwicklung auf diesem Gebiet vermittelt.

3) In Wirklichkeit ist das Know-how heute zum wichtigsten Bestandteil bei der wirtschaftlichen Verwertung von gewerblichen Schutzrechten geworden. Die Ansicht der B.I.R.P.I. (bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété industrielle, littéraire et artistique), es handle sich beim Know-how nur um eine Antithese eines Patentrechts (veröffentlicht von der E.C.E. unter Dok. Trade 100/ add. 1. v. 4.10.1960, S. 4), wird heute nicht mehr aufrechtgehalten, vgl. STUMPF, op.cit., S. 21 u. 22, Fußn. 4.

4) Vgl. SKAUPY, GRUR 1964, S. 539 f.; KNOPPE, op.cit., S. 24; BFH I R 44/67 v. 16.12.70 = DB 1971, S. 606 f.; MOUSSERON, Cah. dr. entr., 1972, Nr. 1, S. 2/3; vgl. im übrigen den nächsten Abschnitt über den Know-how-Begriff.

II. Der Begriff des Know-how

Seit das Know-how als Wirtschaftsfaktor erkannt worden ist, hat das Bemühen um eine Inhaltsbestimmung dieses Begriffes im Vordergrund der theoretischen Auseinandersetzung gestanden. Allerdings ist diese Frage häufig nicht genau genug von der Frage des gesetzlichen Schutzes des Know-how, von der weiter unten noch die Rede sein wird, unterschieden worden. Zwar kann nicht geleugnet werden, daß das Know-how als Gegenstand gesetzlicher Schutzbestimmungen einer besonderen Definition bedarf, und deshalb in der Tat ein enger Zusammenhang zwischen Know-how-Schutz und Know-how-Definition besteht. Es wäre aber verfehlt, das Phänomen des Know-how nur unter dem Aspekt gesetzlicher Schutzmöglichkeiten zu betrachten. Das gilt umso mehr, als nach geltendem Recht das Know-how keinen Sonderrechtsschutz genießt, und wohl auch in absehbarer Zukunft nicht genießen wird, so daß aus der Frage des Know-how-Schutzes nichts für den Begriff des Know-how gewonnen werden kann. Es gibt sogar einige Stimmen, die die Ansicht vertreten, es bedürfe überhaupt keiner Know-how-Definition.¹

Tatsächlich mag für den reinen Vertragsjuristen eine abstrakte Know-how-Definition entbehrlich erscheinen, da es in diesem Zusammenhang in erster Linie darauf ankommt, die Kenntnisse, welche Gegenstand des konkreten Vertrages sind, im Einzelfall so genau wie möglich und nicht abstrakt zu bestimmen.

1) So z.B. J.GAUDIN: "... sur le plan du contrat de know-how, je ne vois pas très bien, actuellement, tant qu'il n'y a pas de titre de protection du know-how, l'intérêt d'une définition précise", sowie J.-D. COMBEAU: "La définition est importante dès qu'on parle d'éventuelle protection du know-how ...", beide in Cah. dr. entr., 1972, Nr. 1, S. 18 und 19.

Auf eine allgemeine Definition des Know-how wird man aber dennoch nicht generell verzichten können. Das Know-how ist nämlich weder ein Begriff mit einem allgemein anerkannten Inhalt, noch ist er aus sich selbst heraus ausreichend verständlich. Daher wird im folgenden ein kritischer Überblick über die zahlreichen Definitionsbemühungen gegeben und klargestellt werden, wie der Know-how-Begriff im Rahmen dieser Arbeit verwandt werden soll.

Zuvor erscheinen jedoch ein paar Bemerkungen zur Terminologie angebracht.

1. Terminologie

a. Der Begriff des Know-how ist amerikanischen Ursprungs. Wie DEMIN nachgewiesen hat, ist er um das Jahr 1943 zum Bestandteil der amerikanischen Umgangssprache und 1953 im Englischen offiziell zugelassen worden.¹

Know-how ist eine Abkürzung für "the know how to do it" und bedeutet in wörtlicher Übersetzung "Wissen wie".

b. Dieser Begriff ist später auch in den nichtanglophonen Ländern, insbesondere in den hier interessierenden Gebieten, in unveränderter Form übernommen worden. In gleichem Maße wie dieser neue Begriff bekannt wurde, kann vereinzelt das Bestreben beobachtet werden, diesen amerikanischen Begriff zu übersetzen. Dies gilt vor allem für die beteiligten juristischen Kreise.

1) Vgl. DEMIN, op.cit., S. 11, mit dem Hinweis auf das Smaller Slang Dictionary, hrsg. von E. PARTRIDGE, London 1961, Stichwort: Know-how. Diese Auffassung wird von der Aussage SKAUPY's, GRUR 1964, S. 539, bestätigt, wonach im Jahre 1933 die 3. Auflage des amerikanischen Wörterbuches "Black's Law Dictionary" diese Wortbildung noch nicht erwähnt.

In Deutschland werden, unter anderem, zur Eindeutschung des Know-how die Begriffe "betriebliche Erfahrungen",¹ "Erfahrungswissen"² und "technisches Geheimnis"³ gebraucht. In Frankreich sind es gewöhnlich die Begriffe "secret technique"⁴ und "savoir-faire"⁵. In Belgien sind die Bezeichnungen "procédés ou formules de fabrication",⁶ "connaissances spéciales",⁷ "procédés et formules secrètes"⁸ sowie "technische kennis voor de vervaardiging van de goederen"⁹ am gebräuchlichsten.

Keine dieser Übersetzungen hat sich bislang in der Praxis, einschließlich der juristischen Fachliteratur, durchzusetzen vermocht. Das dürfte insbesondere darauf zurückzuführen sein, daß sich der amerikanische Begriff Know-how sogleich mit seinem Auftauchen im kontinentalen Sprachgebrauch eingebürgert hat; so wird zum Beispiel in der Vertragspraxis der Begriff Know-how verwandt.¹⁰ Auch in der

-
- 1) Vgl. K. VAN DE VELDE, in DB, 1960, S. 1205.
 - 2) Vgl. KNOPPE, op.cit., S. 22
 - 3) Vgl. PFISTER, op.cit., S. 9; mit dieser Übersetzung soll allerdings nach der Auffassung PFISTER's nur das sogenannte technische Know-how gemeint sein.
 - 4) Vgl. BERTIN, op.cit., S. 27.
 - 5) FRANÇON, in Vorwort zu MAGNIN, op.cit. 1974.
 - 6) Vgl. DEMIN, op.cit., S. 12.
 - 7) N.D. ASHLEY, in Rapport général présenté au Congrès de l'I.F.A., Knokke, 1958, Band XXXVI, S. 31, zitiert nach DEMIN, op.cit., S. 11, Fußn. 3.
 - 8) Art. IX Abs. 2 des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Belgien und den U.S.A.
 - 9) Vgl. R. BEAUMONT und J. KNOEST, Handleiding omzetsbelasting voor de metaalindustrie, 3^e aanvulling, 1.3.1961, S. 15 - B; vgl. ferner SCHRANS, op.cit., 1970, S. 1.
 - 10) Vgl. die Vertragsmuster: ORGALIME (Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes, Bruxelles), abgedruckt bei STUMPF, op.cit., Anhang III, S. 277 ff.; MAGNIN, op.cit., 1974, Anhang VI, S. 400 ff.; Nouvelles techniques contractuelles, Montpellier 1970, S. 44 ff.; PLAISANT/SAYN, J.C.C., Fasc. III ter, 5/1973, Anhang.

höchstrichterlichen Rechtsprechung ist der Begriff Know-how schon verwandt worden.¹

Gegen solche Übersetzungsversuche spricht ferner, daß sie inhaltlich mit dem Know-how-Begriff, so, wie er heute verstanden wird, nicht übereinstimmen, und somit den Bemühungen, Klarheit in diese Materie zu bringen, geradewegs zuwiderlaufen.

c. Umso mehr erstaunt es daher, daß dieser "Sprachenstreit" heute noch auf diesem Gebiet unvermindert fortgeführt wird. Erst kürzlich hat sich FRANÇON in seinem Vorwort zu dem Werk von MAGNIN² ausdrücklich für eine Verwendung des Begriffes "savoir faire" im Französischen ausgesprochen. Dabei beruft er sich auf einen ministeriellen Erlaß vom 12.1.1973,³ der, in der erklärten Absicht, die französische Sprache anzureichern, für bestimmte Bereiche einen Index mit zahlreichen Begriffen anglo-amerikanischen Ursprungs enthält, deren Gebrauch unterlassen und durch französische Begriffe ersetzt werden soll. Auf Liste Nr. 1 dieses Erlasses betreffend den Bereich "Erdöl" ist auch der Begriff "Know-how" aufgeführt.

Der Meinung FRANÇON's muß aber nicht gefolgt werden, da der fragliche Erlaß keinerlei Normcharakter hat, sondern als bloße Verwaltungsanordnung für Dritte unverbindlich ist. Außerdem beschränkt er sich, soweit er das Know-how betrifft, lediglich auf den Erdölsektor, ohne den Gebrauch dieses Begriffs, insbesondere auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, insgesamt zu verbieten.

1) Vgl. u.a. BGH v. 20.5.1966, GRUR 1966, S. 576 - Zimcofot; Cass. com. v. 22.3.1971, Bull. civ. 1971, IV, S. 76, Nr. 84.

2) Op.cit., 1974.

3) Arrêté du 12 janvier 1973 cosigné par le Ministre du développement industriel et scientifique et par le Ministre de l'éducation nationale, J.O. v. 18.1.1973, S. 741.

d. Für den juristischen Sprachgebrauch dürften aber mögliche linguistische Vorbehalte nicht entscheidend sein.

Für den französischen Rechtskreis hat MOUSSERON darauf hingewiesen, daß eine gegenüber Amerikanismen feindliche Haltung kaum zusätzliche Klarheit in den Know-how-Begriff bringt.¹ Als eine Bestätigung für die Richtigkeit dieser Auffassung kann die jüngste Entscheidung der Cour d'Amiens vom 18.7.1974, also nach der Veröffentlichung des Sprachenerrlasses, herangezogen werden, in welcher ausdrücklich der Begriff Know-how verwendet wird.²

Unabhängig von dem in Belgien wegen des bekannten Sprachensstreits bestehenden Sprachschismas wird auch dort die Verwendung des amerikanischen Begriffs im Interesse der Begriffsklarheit im allgemeinen vorgezogen.³

In der Tat kann es nicht das Anliegen auch noch so berechtigter Sprachinteressen sein, durch den Versuch einer Übersetzung des Know-how-Begriffs in die Landessprache die bereits bestehenden Unklarheiten dieses Begriffes noch zu vergrößern. Im Interesse der Erzielung einer terminologischen Übereinstimmung, nicht nur innerhalb ein und desselben Rechtskreises, sondern vor allem auch auf internationaler Ebene, ist daher die Bezeichnung Know-how vorzuziehen. Im übrigen muß auch berücksichtigt werden, daß sich der Begriff Know-how in der heutigen Wirtschaftsspraxis bereits weltweit eingebürgert hat.

-
- 1) Vgl. MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S.1: "La recente investiture de la traduction 'savoir-faire' par un législateur hostile au français n'apporte guère de précision supplémentaire." Ähnlich DURAND, J.C.P., 1967, Nr. 2078 Nr. 1.
 - 2) Cour d'Amiens v. 18.7.1974, abgedruckt in S. 1975, Somm., S. 17.
 - 3) Vgl. SCHRANS, op.cit., 1970, S.1. Ferner GASPAR, Ing. Cons. 1958, S. 22 ff.: "... le know-how, francisé mais non éclairci en 'art de fabrication', ..." und DELEUZE/LEVY-MORELLE, op.cit., S. 142 und 174 ff.

2. Definitionen

Nach Klärung der Terminologie soll nun versucht werden, den Know-how-Begriff inhaltlich zu bestimmen.

a. Der Know-how-Begriff ist kein Rechtsbegriff, sondern eine Schöpfung der modernen Wirtschaftspraxis.¹ Vor allem gibt es keine Legaldefinition des Know-how. Diese Feststellung trifft gleichermaßen auf alle drei Länder unserer Betrachtung zu. Auch in jüngerer Zeit begnügt sich der Gesetzgeber dort, wo es um die Regelung von das Know-how betreffenden Tatbeständen geht, nach wie vor mit Umschreibungen, ohne den Begriff Know-how selbst zu verwenden, geschweige denn zu definieren.²

b. Der Know-how-Begriff ist nicht einmal in seinem Ursprungsland eindeutig geklärt,³ was zwar nicht den bei uns herrschenden Zustand rechtfertigt, aber doch zeigt, wie schwierig es ist, diesen Begriff rechtlich einheitlich zu fassen.

So wie in allen anderen Industrieländern hat es bislang auch in den hier interessierenden Ländern nicht an Bemühungen gefehlt, eine Klärung dieses Begriffes auf nationaler Ebene herbeizuführen. Die folgenden Ausführungen sollen sich im Rahmen dieser Arbeit auf die nationale Ebene beschränken.⁴ Auffallend ist, daß der Meinungsstand in

1) Über seinen Ursprung siehe oben, S. 17.

2) Vgl. z.B. für Deutschland: § 21 GWB v. 27.7.1957 i.d.F. v. 4.4.1974, § 8 Abs. 1 Nr. 2 UStG v. 29.5.1967 und § 50a Abs. 4 Buchst. b EStG i.d.F. v. 5.9.1974; in Frankreich: décret n° 70-441 v. 26.5.1970 betreffend die Meldepflicht für Know-how-Verträge mit Auslandsberührung; in Belgien: Art. IX Abs. 2 des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen dem Königreich Belgien und den U.S.A.

3) Vgl. BÖHME, op.cit., S. 12 - 14, mit zahlreichen Nachweisen.

4) Bezüglich der auf internationaler Ebene bestehenden

allen Ländern weitgehend gleich und durch dieselben Kontroversen gekennzeichnet ist, was als ein weiterer Beweis für die Internationalität des Problems gewertet werden kann.

c. Das große Feld an Definitionen ist bestimmt durch den Gegensatz zwischen sog. engen und weiten Definitionen. Hinter diesem Gegensatz verbergen sich nicht so sehr unterschiedliche Vorstellungen von dem eigentlichen Gegenstand des Know-how, sondern vielmehr zwei verschiedene Fragestellungen. Es geht, worauf bereits weiter oben hingewiesen wurde,¹ in dem einen Fall um die Beschreibung des Know-how als selbständigem wirtschaftlichen Tatbestand, wobei dann der Begriff weit gefaßt wird. In dem anderen Fall geht es um seinen rechtlichen Schutz; dabei besteht eine Tendenz, den Begriff eng auszulegen. Diese Fälle werden häufig nicht streng genug auseinandergehalten.

Erschwert wird eine Begriffsbestimmung ferner dadurch, daß sich das Know-how in zahlreichen Fällen mit bereits bestehenden Rechtsbegriffen wenigstens teilweise inhaltlich deckt; so z.B. in Deutschland mit den aus § 17 UWG bekannten Begriffen des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses, in Frankreich mit dem in Art. 418 des Code pénal sowie in Belgien in Art. 309 des Code pénal geregelten Begriff des Fabrikgeheimnisses ("secret de fabrique").²

Harmonisierungsbestrebungen sei auf die einschlägige Literatur verwiesen, so z.B. STUMPF, op.cit., Rdnr. 4-10; BÖHME, op.cit., S. 12 ff.; MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 29-33.

1) Vgl. oben, S. 16.

2) Dazu, daß es sich hierbei um grundsätzlich verschiedene Begriffe handelt, vgl. GAUL/BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q 1 ff.; MAGNIN in Nouvelles techniques contractuelles, Montpellier 1970, S. 39; ders., op.cit., 1974, Nr. 199 ff.

Diese verschiedenen Begriffe gilt es streng zu unterscheiden.

d. Die Rechtsprechung hat sich bislang mit der Frage der Definition des Know-how nur an wenigen Stellen beschäftigt. In Belgien gibt es - soweit ersichtlich - nicht eine einzige Entscheidung dazu.¹

Auch in Deutschland sind gerichtliche Entscheidungen äußerst rar. Das häufig unter dem Stichwort "Zimcofot" zitierte BGH-Urteil vom 20.5.1966² erwähnt zwar an verschiedenen Stellen den Begriff Know-how, ohne ihn aber selbst zu definieren. In Wahrheit nimmt der BGH nur eine Auslegung des in § 21 GWB enthaltenen Begriffs der "die Technik bereichernden Leistungen" vor.³ Ebenfalls nur im Zusammenhang mit dem Kartellrecht stehen die häufig zitierten Entscheidungen des LG Düsseldorf v. 8.1.1957⁴ sowie des OLG Düsseldorf v. 26.7.1957.⁵ Die einzige höchstrichterliche Entscheidung, die sich zum Begriff des Know-how als solchem äußert, ist das Urteil des Bundesfinanzhofs v. 16.12.1970.⁶ Dort heißt es in den Leitsätzen 2 und 3 wörtlich: "Know-how ist die Vermittlung von Kenntnissen und Erfahrungen zu eigener Nutzenanwendung

-
- 1) Das ist hauptsächlich darauf zurückzuführen, daß die Parteien eines Know-how-Vertrages nur in ganz seltenen Fällen die Hilfe staatlicher Gerichte in Anspruch nehmen und eine außergerichtliche Regelung von Rechtsstreitigkeiten, häufig unter Einschaltung eines Schiedsgerichtes, vorziehen.
 - 2) Abgedruckt in GRUR, 1966, S. 576 ff.
 - 3) Vgl. dazu auch die Anmerkung von LUTZ, GRUR 1966, S. 582 a.E.
 - 4) Abgedruckt in WuW / E AG/LG 51, Leitsatz 1: "... technisches Wissen ('Know-how')."
 - 5) Abgedruckt in WuW / E OLG 201: "... 'Know-how' ..., d.h. ... Wissen um gewisse Tricks, die dem nicht eingeweihten Durchschnittsfachmann nicht zur Verfügung stehen, die aber für die Durchführung des Verfahrens von wesentlicher Bedeutung sind."
 - 6) Abgedruckt in DB 1971, I, S. 606 f.

durch den Know-how-Nehmer. Gegenstand des Know-how können nicht nur technische, sondern auch kaufmännische Erfahrungen sein." Wenn auch die Formulierung des ersten Satzes unglücklich geraten ist,¹ so ist doch bemerkenswert, daß sich der BFH in dieser Entscheidung für einen so weiten Know-how-Begriff ausgesprochen hat und das, obwohl diese Frage nicht einmal entscheidungserheblich war. Interessant ist auch, daß sich der BFH auf die weiter oben zitierten Entscheidungen nicht berufen hat.

In Frankreich ist die Zahl der einschlägigen Entscheidungen leicht überschaubar. In der französischen Literatur werden häufig die Entscheidungen der Cass.crim. v. 22.12.1955² sowie der Cour d'Aix-en-Provence v. 28.10.1959³ angeführt. In Wirklichkeit handelt es sich dabei aber um Entscheidungen zu Art. 418 des Code pénal, d.h. das Verbot des Arbeitnehmers zur Verbreitung von Fabrikgeheimnissen. DURAND nennt die dort genannten Begriffsbestimmungen negative Definitionen.⁴ Eine Begriffsbestimmung des secret de fabrique hilft aber nicht, den Know-how-Begriff positiv inhaltlich zu bestimmen.

Die Entscheidung der Cour de Cass.com. v. 13.7.1966⁵ stellt demgegenüber bis heute einen Meilenstein in der französischen Rechtsprechung zum Know-how dar. Zwar werden auch hier die Begriffe des Know-how oder des Know-

-
- 1) Hier dürfte die Know-how-Vergabe gemeint gewesen sein.
 - 2) Abgedruckt in Ann. 1957, S. 413.
 - 3) Abgedruckt in Ann. 1959, S. 314.
 - 4) Vgl. DURAND in Nouvelles techniques contractuelles, Montpellier 1970, S. 13.
 - 5) Abgedruckt in J.C.P. 1967, II, Nr. 15131; Bestätigung der Entscheidung der Cour d'Aix-en-Provence v. 24.4.1964, abgedruckt in Ann. 1967, S. 225.

how-Vertrages noch nicht ausdrücklich verwandt, es wird aber erstmals eine positive Begriffsbestimmung des Gegenstandes eines Know-how-Vertrages gegeben.¹ Bemerkenswert ist dabei, daß der Kassationshof den subjektiven Charakter des Know-how betont. Know-how kann nach dieser Ansicht auch ein an sich bekanntes Wissen sein, vorausgesetzt, daß sein Besitz dem Know-how-Nehmer den sofortigen Erwerb von Kenntnissen ermöglicht, welche er sonst nur aufgrund langwieriger und kostspieliger Nachforschungen hätten erwerben können. Entscheidend ist also der Wettbewerbsvorteil, den der Erwerber zu erzielen beabsichtigt.

Eine ausdrückliche, positive Definition des Know-how-Begriffs taucht zum ersten Mal in einer Entscheidung der Cour de Douai v. 16.3.1967² auf. Allerdings wird hier der Know-how-Begriff nur als Synonym für das *secret de fabrique* verstanden. Dies gilt auch für die beiden Entscheidungen der Cour de Douai v. 2.5.1969³ sowie der Cour de Cass. v. 22.3.1971.⁴

In der Entscheidung der Cour d'Amiens v. 18.7.1974⁵ wird zwar der Terminus Know-how erwähnt; sachlich geht es aber hier um die Frage des rechtlichen Know-how-Schutzes.

1) Cour de Cass.com. v. 13.7.1966, a.a.O.: "En révélant à un établissement industriel des procédés encore ignorés de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui-même qu'au prix de longues et coûteuses recherches le concédant fournit à son cocontractant un avantage certain justifiant le paiement de redevances. Peu importe que ces procédés soient aussi connus par des tiers dès lors que le concessionnaire les exploite effectivement et commence à verser les redevances convenues au concédant."

2) Abgedruckt in D. 1967, S. 637 mit Anm. v. PLAISANT.

3) Nicht veröffentlicht; zitiert bei MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 36.

4) Abgedruckt in Bull.civ. 1971, IV, S.76 Nr. 84.

5) Abgedruckt in S. 1975, Somm., S. 17.

Dieser kurze Streifzug durch die Rechtsprechung aller drei Länder zeigt deutlich, wie wenig der Know-how-Begriff bis heute geklärt ist. Mangel an Gelegenheit, aber auch eine gewisse Scheu vor dem Unbekannten dürften die wesentlichsten Ursachen für diese Situation sein.

e. In der Literatur ist im Gegensatz dazu die Lage eher durch einen Überfluß an Begriffsbestimmungen gekennzeichnet. Fast jeder Autor, der sich zur Frage des Know-how-Begriffs äußert, steuert auch seine eigene Know-how-Definition bei. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollte man einen genauen Überblick über diesen Diskussionsstand vermitteln. Es soll daher versucht werden, hier lediglich wesentliche Punkte und Merkmale herauszuarbeiten, welche für die gegenwärtigen Bemühungen, das Know-how zu definieren, bezeichnend sind.¹

Auf den bestehenden Gegensatz zwischen sogenannten engen und weiten Definitionen wurde bereits hingewiesen.² An diesem Gegensatz soll sich auch die folgende Darstellung orientieren.

(1) Vertreter einer "engen" Auslegung sind in Deutschland in der Hauptsache BÖHME,³ DERINGER⁴ und SCHUMACHER.⁵

1) Für einen umfassenden Überblick des Meinungsstandes vgl. KRASSER, GRUR 1970, S. 587 ff. und STUMPF, op.cit., Rdnr. 4 ff.
MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 16 ff., 28 ff. und
MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 1 ff.
SCHRANS, op.cit., 1970, S. 1 ff.

2) Vgl. oben, S. 22.

3) Op.cit., S. 20.

4) GRUR 1968, S. 179 ff.

5) Op.cit., S. 48 ff.

Alle verlangen, daß das Know-how einen gewissen Geheimnisgrad besitzt.¹ Hierher gehören auch die Ansichten, es dürfe sich beim Know-how allein um technisches Wissen handeln.²

LIEBERKNECHT³ möchte darüberhinaus die patentfähigen Erfindungen ausscheiden,⁴ eine Auffassung, die noch sehr stark am Patentrecht orientiert ist.⁵

Auch in Frankreich und Belgien sind die Stimmen, welche das Know-how ausschließlich auf geheimes und technisches Wissen beziehen wollen, vielfach vertreten; zahlenmäßig sind sie sogar in der Überzahl.⁶

- 1) Ebenso PFISTER, op.cit., S. 10, 85 ff., soweit er das Know-how als Vermögensrecht behandelt.
- 2) So z.B. DERINGER, a.a.O., der sogar eine technische Bereicherung fordert; PFISTER, op.cit., S.8, beschränkt seine Untersuchung ausdrücklich nur auf das technische Geheimwissen, ist aber der Ansicht, daß "viele der in der vorliegenden Arbeit aufgestellten Regeln ... auch für derartige (sc. kaufmännische und organisatorische) Geheimnisse gelten, insbesondere für geheime Herstellungsverfahren nicht-technischer Art, z.B. von Likören und Parfums." FINGER, GRUR 1970, S. 4, Fußn. 21, nimmt zu der Frage nicht ausdrücklich Stellung.
- 3) Op.cit., S. 261 ff.
- 4) Auch NIRK, Montpellier 1973, S. 59 ff., unterscheidet zwischen "Geheimerfindungen" (nicht patentierte aber patentfähige Erfindungen) und "technischen, kaufmännischen oder betriebswirtschaftlichen Kenntnissen und Erfahrungen (Know-how)".
- 5) Dagegen BÖHME, op.cit., S. 19, und KRASSER, GRUR 1970, S. 587 Nr. 4.
- 6) Für Geheimniserfordernis: Frankreich: PLAISANT/SAYN, J.C.C., Fasc. III ter, 5/1973, Nr. 3, mit Differenzierungen; DURAND, J.C.P., 1967, I, Nr. 2078, § 7; in Montpellier 1970, S. 43, behauptet dagegen derselbe Autor: "Le secret en soi n'est pas un élément essentiel." Belgien: SCHRANS, op.cit., 1970, S. 3; DEMIN, op.cit., S. 15, m.w.N.; DELEUZE/LEVY-MORELLE, op.cit., S. 174.
Für Beschränkung auf technisches Wissen: Frankreich: P. MATHELY, Prop.ind. 1969, S. 185; DURAND, a.a.O.; BERTIN, op.cit., S. 27 ff.; PLAYSANT/SAYN, a.a.O.;

(2) Demgegenüber kann in den vergangenen Jahren eine Tendenz beobachtet werden, den Know-how-Begriff, losgelöst von den Fragen des gesetzlichen Schutzes, möglichst weit zu fassen.

In Deutschland ist es vor allem das Verdienst von STUMPF und KRASSER, diese Entwicklung beeinflußt zu haben. STUMPF versteht unter Know-how sowohl technische als auch kaufmännische und betriebswirtschaftliche Kenntnisse; daß diese Kenntnisse geheim sind, wird nicht als notwendige Voraussetzung angesehen.¹ Die Tatsache, daß es sich beim Know-how um einen solch umfassenden Begriff handeln muß, belegt STUMPF² mit einer Aufstellung, die die vielfältigen Erscheinungsformen des Know-how enthält.³ Zu diesem gleichen Ergebnis gelangt auch KRASSER,⁴ der den Know-how-Begriff als einen wirtschaftlichen Befund bezeichnet und von daher keinen Anlaß sieht, ihn von vorneherein auf geheimes oder auf technisches Wissen zu beschränken.⁵ Die wirtschaftliche Funktion des Know-

MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 89, klammert das kommerzielle Know-how aus seiner Betrachtung aus, ohne zu der Frage ausdrücklich Stellung zu nehmen. Belgien: SCHRANS, a.a.O.; CARDON, Ing.Cons. 1968, S. 195; DELEUZE/LEVY.MORELLE, a.a.O.; DEMIN, op.cit., läßt die Frage gleichfalls unbeantwortet. In einem persönlichen Gespräch mit dem Verfasser hat er am 1.7.1974 gleichwohl bekundet, daß er gegen die Erstreckung des Know-how-Begriffs auf nichttechnische, gewerblich verwertbare Kenntnisse nichts einzuwenden habe.

- 1) STUMPF, op.cit., Rdnr. 10, S. 26.
- 2) Op.cit., Rdnr. 18.
- 3) Auch SKAUPY, GRUR 1964, S. 541, KNOPPE, op.cit., S. 24, und MACK, op.cit., S. 47, vertreten einen sachlich weitgefaßten Know-how-Begriff; ebenso BÖHME, op.cit., S. 19, 21, allerdings mit der Einschränkung, es müsse sich dabei um Geheimwissen handeln.
- 4) GRUR 1970, S. 587 ff., 597.
- 5) Ebenso BECKER, op.cit., S. 294: "Für den vertraglichen Schutz ist der Geheimnischarakter des Know-how

how, so fährt KRASSER fort,¹ werde nämlich wesentlich durch die Tatsache bestimmt, daß sie seinem Inhaber eine Verbesserung seiner Wettbewerbsposition ermögliche und daher der wirtschaftliche Wert des Know-how wettbewerbsabhängig sei. KRASSER verkennt im übrigen auch nicht die wirtschaftliche Sonderstellung des geheimen Know-how, wenn er feststellt, daß das faktische Monopol, das mit einem Geheimnis verbunden sei, ganz unabhängig von jedem Rechtsschutz eine wesentliche Erhöhung und Verfestigung des wirtschaftlichen Wertes des Know-how darstelle.²

Diese Auffassung deckt sich mit der wirtschaftlichen Bedeutung des Know-how und steht auch mit der Konzeption von MOUSSERON in Einklang, dem eine umfassende Analyse des Know-how-Begriffs zu verdanken ist.³ Die Kurzformel, auf die MOUSSERON seine Definition bringt, "connaissance technique transmissible mais non immédiatement accessible au public et non brevetée", ist allerdings zum Teil etwas mißverständlich und bedarf daher einiger Erläuterungen.

Anders als es das Eigenschaftswort "technique" vermuten läßt, möchte MOUSSERON das Know-how keineswegs auf Kenntnisse im Bereich der industriellen Technologie beschränkt wissen. Vielmehr versteht er unter Know-how jede wirtschaftlich erhebliche Kenntnis.⁴

nur von untergeordneter Bedeutung; entscheidend ist der wirtschaftliche Wert. Geheimnisschutz hat aber zentrale Bedeutung für den gesetzlichen Schutz."

1) A.a.O., S. 588.

2) A.a.O., S. 597.

3) MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 1 ff. Eine sehr weite, aber wohl zu unscharfe Definition vertritt DARGIER de SAINTVAULRY, op.cit., S. 4; "Le know-how c'est tout simplement le savoir comment de toute activité."

4) A.a.O., S. 2 und 3: "Toute connaissance précise utile au monde économique ..."; MOUSSERON führt in diesem Zusammenhang eine ganze Reihe von Beispielen an, in

Das Merkmal "transmissible" stellt klar, daß es sich beim Know-how seinem Wesen nach um übertragbare Kenntnisse handelt. Damit wird das Know-how gegenüber solchen Kenntnissen abgegrenzt, welche mit einer Person derart untrennbar verbunden sind, daß sie nicht zum Gegenstand einer selbständigen Überlassung an Dritte gemacht werden können.¹ Diese Unterscheidung ist vor allem für eine Abgrenzung zwischen einem Know-how-Vertrag und Dienstleistungsvertrag praktisch bedeutsam.² Insoweit ist also das Merkmal der Übertragbarkeit für das Know-how charakteristisch.

MOUSSERON lehnt ferner sowohl das Merkmal der Neuheit als auch das Geheimniserfordernis zur Individualisierung des Know-how ab: Mit Recht weist er darauf hin, daß zahlreiche Autoren, die auf diese Merkmale abstellen, diese ohnehin sehr stark relativieren.³ Weiter legt er überzeugend dar, daß die - bewußte oder unbewußte - Mitwisserschaft mehrerer Personen ein bestimmtes Know-how nicht notwendig seines wirtschaftlichen Wertes beraubt, und daß der Wettbewerbsvorteil häufig nur aus einem gewissen Zeitfaktor besteht. Freilich ist auch MOUSSERON der Ansicht, daß das fragliche Wissen nicht ohne weite-

denen nicht-technisches Know-how bereits heute eine wirtschaftlich bedeutsame Rolle spielt, so z.B. im Bereich der Elektrischen Datenverarbeitung, der Unternehmensführung, der Werbung, des Marketings, der Vertriebsorganisation, des Franchising.

- 1) Vgl. MOUSSERON, a.a.O., S. 3; vgl. hierzu auch die sehr ausführlichen Ausführungen von PFISTER, op.cit., S. 11 ff., zur Unterscheidung zwischen der Kenntnis von einer Erfindung und der Erfindung selbst als sog. außersubjektivem Gegenstand.
- 2) Vgl. den der Entscheidung des BFH v. 16.12.1970, DB 791, I, S. 606, zugrundeliegenden Sachverhalt, sowie die kritische Äußerung von PLAISANT, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 20, der befürchtet, daß sämtliche Dienstleistungsverträge als Know-how-Verträge ausgelegt werden könnten. Siehe auch weiter unten die Ausführungen zur Rechtsnatur des Know-how-Vertrages, S. 85 ff.
- 3) Vgl. z.B. PLAISANT/SAYN, J.C.C., Fasc. III ter, 5/1973, Nr. 3.

res für die Öffentlichkeit zugänglich sein dürfe. Insofern deckt sich seine Meinung im Ergebnis mit der Ansicht von KRASSER, das Know-how sei wettbewerbsabhängig. Beide bestimmen das Know-how durch seinen wirtschaftlichen Wert, der aber stets nur aus der Sicht der beteiligten Parteien ermittelt werden kann.¹

Der Hinweis, es müsse sich um eine nicht patentierte Kenntnis handeln, stellt eine Abgrenzung gegenüber dem Patentrecht dar, die freilich nur eine Selbstverständlichkeit darstellt. Dasselbe muß natürlich auch im Verhältnis zu anderen gewerblichen Schutzrechten gelten.

Gleichfalls unproblematisch ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob die bloße Patentierbarkeit einer Erfindung der Know-how-Eigenschaft entgegensteht. Da grundsätzlich jeder Inhaber einer patentierbaren Erfindung die Wahl und nicht die Pflicht hat, seine Erfindung der Öffentlichkeit preiszugeben, um dafür in den Genuß des Patentschutzes zu gelangen, kann die bloße Patentierbarkeit einer Erfindung für sich genommen der Know-how-Eigenschaft auch nicht entgegenstehen.²

In Belgien gibt es bislang in der Literatur noch keine vergleichbare, an der wirtschaftlichen Wirklichkeit ausgerichtete Definition des Know-how-Begriffs. Das dürfte im wesentlichen darauf zurückzuführen sein, daß im Schrifttum meistens die Frage des Know-how-Schutzes im

-
- 1) Diese Ansicht von MOUSSERON deckt sich im übrigen auch ganz mit der Entscheidung der Cour de Cass.com. v. 13.7.1966; vgl. oben S. 24, 25. Vgl. ferner MATHEY, A.P.I., 1967, S. 225: "La valeur du know-how n'existe que dans les rapports de celui qui le possède et de celui qui veut l'acquérir", sowie GAUL/BARTENBACH, op.cit., 1969, Anm. A 59, die unter Know-how auch das nicht geheime Erfahrungswissen verstehen, "das sich jeder Interessent unter Aufwand von Zeit und Geld auch selbst beschaffen kann."
 - 2) So im Ergebnis auch MOUSSERON, a.a.O., S. 5, unter Berufung auf den Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 des französischen Patentgesetzes v. 2.1.1968; ferner LADAS, Prop.Ind. 1963, S. 222.

Vordergrund gestanden hat.¹ Es ist aber nicht anzunehmen, daß sich nicht auch hier, losgelöst von den spezifischen Problemen des gesetzlichen Schutzes, eine derart wirtschaftliche Betrachtung des Know-how-Begriffs, wie sie vor allem von KRASSER und MOUSSERON entwickelt wurde, behaupten könnte.²

3. Der im Rahmen dieser Arbeit verwendete Know-how-Begriff

Angesichts der Vielfalt der vorhandenen Definitionen wird hier darauf verzichtet, diesen eine weitere, eigene Begriffsbestimmung hinzuzufügen. Bereits eingangs dieses Abschnitts über den Know-how-Begriff wurde darauf hingewiesen, daß der Wert einer abstrakten Know-how-Definition für die Gestaltung eines Know-how-Vertrages von zweitrangiger Bedeutung ist.³

Zum besseren Verständnis soll hier abschließend gleichwohl der Know-how-Begriff für die vorliegende Arbeit festgelegt werden. In Übereinstimmung mit dem neueren Schrifttum⁴ soll dieser Begriff umfassend verstanden werden. Denn eine wie auch immer geartete, einschränkende Auslegung dieses Begriffes würde die Möglichkeiten der vertraglichen Know-how-Vergabe von vorneherein unnötig begrenzen.

1) Vgl. z.B. den Aufsatz von SCHRANS, op.cit., 1970.

2) DEMIN, ein eminenter Kenner der Materie in Belgien, hat diesen Eindruck bei einem persönlichen Gespräch mit dem Verfasser am 1. Juli 1974 bestätigt.

3) Vgl. oben, S.16.

4) Vgl. die vorstehenden Ausführungen, S. 28 ff.

Know-how ist danach jede technische, kaufmännische oder betriebswirtschaftliche Kenntnis, die geeignet ist, ihrem Inhaber einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Sie darf nicht Gegenstand eines besonderen Schutzrechtes sein. Auf ein bestimmtes Neuheits- oder Geheimniserfordernis kommt es nicht an.

III. Die Rechtsnatur des Know-how

Mit der Frage nach der Rechtsnatur des Know-how ist zunächst die Frage verbunden, ob dem Inhaber von Know-how ein absolutes Recht oder ein sonstiges, gegenüber Dritten wirkendes Ausschließlichkeitsrecht an seinen Kenntnissen zusteht. In ihrem Kern zielt die Frage darauf ab, ob der Know-how-Inhaber an seinem Know-how lediglich eine faktische Wissenslage besitzt, oder ob ihm darüber hinaus von der Rechtsordnung eine absolute Rechtsposition an diesem Wissen zugewiesen wird.¹ Diese Unterscheidung wird vor allem dort bedeutsam, wo zwischen mehreren Inhabern ein- und desselben Know-how eine vertragliche Rechtsbeziehung nicht oder jedenfalls nicht wirksam besteht. Ob von der Rechtsordnung ein absolutes Recht am Know-how anerkannt wird, steht daher in engem Zusammenhang mit der Frage nach dem rechtlichen Schutz des Know-how.² Der rechtliche Schutz des Know-how nach geltendem Recht besteht aber unabhängig von seiner

-
- 1) Die Frage, ob es ein absolutes Recht am Know-how gibt, darf dagegen nicht mit dem Recht an denjenigen Gegenständen verwechselt werden, welche das Know-how häufig verkörpern, wie z.B. Zeichnungen, Pläne, Muster, Bau- oder Maschinenteile etc. Die Eigentumsfähigkeit körperlicher Gegenstände steht in den hier interessierenden Rechtsordnungen außer Frage.
 - 2) Von einigen Autoren wird diese Frage daher auch systematisch in diesem Zusammenhang behandelt, wie z.B. von MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 252.

Rechtsnatur: Das gilt, wie im nächsten Abschnitt gezeigt werden wird,¹ insbesondere für den bestehenden wettbewerbsrechtlichen und strafrechtlichen Schutz.

Die Rechtsnatur des Know-how ist ferner aber auch wichtig für die Bestimmung der Rechtsnatur des Know-how-Vertrages.² Für die rechtliche Beurteilung einer Know-how-Vergabe kommt es nämlich gleichfalls entscheidend darauf an, ob es sich bei dem Vertragsgegenstand um ein Recht oder nur um eine faktische Wissenslage handelt.

Im Schrifttum ist die Frage nach der Rechtsnatur des Know-how heute in den Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses gerückt. Die erst in jüngster Zeit erschienenen, grundlegenden Werke von PFISTER³ und MAGNIN⁴ sind ein anschauliches Beispiel dafür. Die Vielschichtigkeit dieser Problematik und der hierzu geäußerten, oft sehr kontroversen Ansichten macht ein Eingehen auf diese Fragen in diesem Zusammenhang unmöglich. Eine kurze Wiedergabe des Streitstandes soll indessen den für das weitere Verständnis dieser Abhandlung erforderlichen Überblick vermitteln.

1. Die in der deutschsprachigen Literatur zur Rechtsnatur des Know-how vertretenen Ansichten lassen sich in zwei Gruppen einteilen: In eine, welche im Know-how lediglich einen faktischen Tatbestand erblickt, sowie eine andere, welche ein subjektives, absolutes Recht am Know-how im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu begründen versucht.⁵

1) Vgl. unten, Abschnitt IV., S. 47 ff.

2) So ausdrücklich erkannt von BÖHME, op.cit., S. 26.

3) und 4) Op.cit.; beide erschienen im Jahre 1974.

5) Vgl. die Gegenüberstellung bei PFAFF in BB 1974, S. 567.

Zu denjenigen Vertretern, welche den Know-how-Besitz ausdrücklich nur als einen faktischen Besitz von Kenntnissen verstehen, gehören vornehmlich TROLLER¹ und PFAFF.² Bei KRASSER³ ist diese Frage dagegen offengelassen.

Zu den Vertretern der Gegenmeinung gehören vor allem FORKEL⁴ und PFISTER.⁵ Auch PAUL⁶ scheint dieser Auffassung zuzuneigen, wenn er sich für ein "Recht am Betriebsgeheimnis" ausspricht.⁷

a. Die Gründe, die für eine Anerkennung eines absoluten Rechts am Know-how vorgebracht werden, sind verschieden. Gemeinsam ist allen diesen Autoren allerdings die Beschränkung eines derartigen Ausschließlichkeitsrechts auf geheimes Know-how.

FORKEL⁸ begründet ein absolutes, subjektives Recht am Know-how mit persönlichkeitsrechtlichen Erwägungen. Darüberhinaus leitet er dieses Recht aus dem von der Rechtsprechung als "sonstiges Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anerkannten Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁹ ab. Beide Begründungen können freilich nicht überzeugen: Der persönlichkeitsrechtli-

1) GRUR Int., 1958, S. 385 ff.

2) A.a.O.

3) GRUR 1970, S. 594.

4) Op.cit., S. 109 ff.

5) Op.cit., S. 50: "Das technische Geheimnis ist ein subjektives Recht."

6) NJW 1963, S. 2251.

7) Gegen die Behandlung des Know-how als absolutes Recht haben sich sowohl FINGER, GRUR 1970, S. 3 ff., als auch STUMPF, op.cit., Rdnr. 15, S. 32, ausdrücklich ausgesprochen.

8) Op.cit., S. 110 ff.

9) Vgl. LARENZ, op.cit., Bd. II, S. 480 ff.

che Gedanke paßt nur auf natürliche, keinesfalls aber auf juristische Personen. Hinzukommt, daß es sehr zweifelhaft erscheint, inwieweit der Know-how-Besitz der vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützten Achtung der individuellen Persönlichkeitssphäre¹ zugerechnet werden kann. Eine Beeinträchtigung des Know-how-Inhabers in Bezug auf den Besitz besonderer, gewerblicher Kenntnisse dürfte diesen nämlich in aller Regel weder in seiner Individualsphäre, noch in seiner Privat-, geschweige denn Intimsphäre verletzen.

Auch der Versuch, ein Recht am Know-how unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu begründen, überzeugt nicht. Wie nämlich bereits FINGER² zutreffend ausgeführt hat, ist in diesem Falle Schutzgegenstand allein der Gewerbebetrieb, nicht aber das Know-how selbst. Der Umstand, daß ein bestimmtes Know-how Bestandteil eines Gewerbebetriebs sein kann, ändert nichts an der Beurteilung, daß jedenfalls das Know-how selbst nicht zum unmittelbaren Schutzobjekt dieses Rechtes gehört.

Im Gegensatz zu FORKEL beschränkt PFISTER seine Untersuchung auf das technische und geheime Know-how, welches er unter dem Begriff "technisches Geheimnis" zusammenfaßt. PFISTER³ kommt in seinen Ausführungen zu dem Ergebnis, daß das technische Geheimnis ein absolutes, subjektives Vermögensrecht ist, das entsprechend dem System des deutschen Deliktsrechts als ein sonstiges Recht den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießt. Dieses Ergebnis gewinnt er aus der These, daß die geheime Erfindung Eigentum im Sinne von Art. 14 GG sei. In diesem Zusammenhang betont er, komme es nicht darauf an, ob eine vermögens-

1) Vgl. BGHZ 24, S. 72 ff. und BGHZ 27, S. 284 ff.

2) GRUR 1970, S. 3 ff.

3) Op.cit., S. 93.

werte Position bereits anderwärts durch das zivile oder öffentliche Recht anerkannt sei.¹ Unter Berufung auf den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung meint PFISTER sodann, daß das, was Eigentum im Sinne von Art. 14 GG sei, auch Eigentum im Privatrecht sein müsse.² Gegen einen solchen Schluß hat indessen bereits KRASSER eingewandt, daß "die Anwendbarkeit des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs noch nicht bedeute, daß der davon erfaßte Vermögenswert auch nach § 823 Abs. 1 BGB als Gegenstand des Eigentums oder eines sonstigen Rechts geschützt" sei.³

Zur Rechtfertigung der Behandlung des Know-how als absolutes Recht wird häufig die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25.1.1955⁴ herangezogen, die unter der Bezeichnung "Dücko"-Urteil bekannt geworden ist.⁵ In dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof in der Tat dem Inhaber eines Geheimverfahrens, für welches kein Sonderrechtsschutz bestand, ein gesetzliches Verbotungsrecht, gestützt auf § 823 Abs. 1 BGB zugestanden. Bei genauer Betrachtung dieser Rechtsprechung zeigt sich jedoch, daß sie einer Verallgemeinerung nicht zugänglich ist. Das folgt einmal aus den Urteilsgründen der "Dücko"-Entscheidung selbst. Darin ist die grundsätzliche Feststellung enthalten, daß es ein absolutes Recht auf ausschließliche Benutzung eines Geheimverfahrens nicht ge-

1) Op.cit., S. 46.

2) Op.cit., S. 48.

3) GRUR 1970, S. 594, Fußn. (71).

4) Abgedruckt in BGHZ 16, S. 172 ff. = GRUR 1955, S. 388 ff.

5) Eine sehr eingehende Abhandlung dieses Urteils findet sich bei PFISTER, op.cit., S. 79 ff.

be, da einer Erfindung nur dann eine dingliche Ausschlußwirkung gegenüber Dritten zukomme, wenn sie angemeldet und bekanntgemacht sei.¹ Wenn der Bundesgerichtshof in dem entschiedenen Einzelfall gleichwohl ein Ausschlußrecht angenommen hat, so nur in der erklärten Absicht, der Entscheidung angesichts der Besonderheit des Falles zu einem tragbaren Ergebnis zu verhelfen.² Dabei fällt auf, daß der Bundesgerichtshof sein Ergebnis auf "das die Geheimhaltung schützende Recht des Erwerbers auf ungestörte Ausübung des Gewerbebetriebs"³ gestützt hat, ohne insoweit von einem Ausschließlichkeitsrecht an dem Geheimverfahren selbst zu sprechen.

Zum anderen hat der Bundesgerichtshof in späteren Entscheidungen, in denen es um die Beeinträchtigung von Geheimverfahren ging,⁴ einen Eingriff in ein Ausschließlichkeitsrecht nicht mehr angenommen. Deswegen folgert auch KRASSER, daß die These des Bundesgerichtshofs im "Dücko"-Urteil nur für das dort entschiedene Sonderproblem habe gelten sollen.⁵

Sämtliche Autoren, welche ein Ausschließlichkeitsrecht am Know-how bejahen, räumen allerdings ein, daß dieses - abgesehen davon, daß sie es nur auf geheime Kenntnis angewandt wissen wollen - in seiner Anwendung nicht darauf hinauslaufen dürfe, daß der Inhaber von Geheimwissen gegen jegliche Art von Eingriffen in seine Interessen

1) BGH, GRUR 1955, S. 389, rechte Spalte.

2) Wörtlich heißt es in den Entscheidungsgründen: "Das (sc. die Weiterverwendung des geheimen Wissens) kann nicht zugelassen werden." BGH, a.a.O., S. 390, linke Spalte.

3) BGH, a.a.O.

4) Vgl. insbesondere BGH, Urteil v. 17.5.1960 = GRUR 1960, S. 554 ff., "Handstrickverfahren", und BGH, Urteil v. 21.12.1962 = BGHZ 38, 391 ff. = GRUR 1963, S. 367 ff., "Industrieböden".

5) GRUR 1970, S. 594, Fußn. (71).

geschützt werde.¹ PFISTER schränkt daher den Wirkungskreis des von ihm anerkannten subjektiven Rechts am technischen Geheimnis dadurch ein, daß er bestimmte Fallgruppen für die Rechtswidrigkeit der Besitzverschaffung, Verwendung und Wiedergabe des technischen Geheimnisses an Dritte bildet.² Diese Einschränkung bedeutet aber entgegen der von STUMPF³ geäußerten Ansicht noch nicht, daß die Anerkennung eines subjektiven Rechts am Know-how unter diesen Umständen zu keiner Erweiterung des schon nach dem Wettbewerbsrecht gewährleisteten Schutzzumfangs führt. Während nämlich die wettbewerbsrechtlichen Tatbestände der §§ 17 ff. UWG, insbesondere mit der sich aus § 19 UWG ergebenden Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht, grundsätzlich Vorsatz als Verschuldensmaßstab erfordern, genügt für einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB bereits Fahrlässigkeit.⁴ Eine derartige Erweiterung des Haftungsumfangs erscheint allerdings nicht unbedenklich. Solange die Vertreter einer erweiterten, deliktischen Haftung eine überzeugende Begründung für ihre Ansicht schuldig bleiben, vermag die Anerkennung eines subjektiven Rechts am Know-how noch keine Erweiterung des in den §§ 17 ff. UWG vorgesehenen Schutzes zu rechtfertigen.⁵

b. Gegen eine Konzeption des Know-how, und sei es auch mit einer Beschränkung auf geheimes Wissen, als absolutes subjektives Recht spricht vor allem aber der unsere Wirtschaftsordnung beherrschende Grundsatz der Gedanken-

1) Vgl. FORKEL, op.cit., S. 113.

2) Op.cit., S. 104 ff. und S. 109 ff.

3) Op.cit., Rdnr. 15, S. 33.

4) Auf diesen Unterschied im Bereich der Fahrlässigkeitshaftung wird zutreffend bei ULMER-REIMER, op.cit., Bd. III, Nr. 352, hingewiesen.

5) So auch KRASSER, GRUR 1970, S. 594, der im übrigen die Anerkennung eines subjektiven Rechts am Know-how als einen "rein terminologischen Schritt" bezeichnet.

freiheit. Eine Ausnahme von diesem Prinzip darf daher nur in den vom Gesetzgeber besonders geregelten Fällen gemacht werden. Die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts am Know-how und der damit verbundene starke Rechtsschutz des Know-how-Inhabers können angesichts dessen nicht gerechtfertigt werden. PFAFF hat auf den Wertungswiderspruch hingewiesen,¹ der darin bestünde, daß ein Schutzrechtsinhaber den besonderen Rechtsschutz gerade wegen der Offenbarung seiner Erfindung erhalte, und es daher als unbillig erscheine, dem "eigensüchtigen" Erfinder, der eine an sich schutzrechtsfähige Erfindung gerade wegen seiner Scheu vor der Konkurrenz bewußt nicht offenkundig mache und schützen lasse, auf dem Umweg der Anerkennung eines subjektiven, absoluten Rechts am Know-how im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB eine ähnlich starke Rechtsposition einzuräumen.² Diese Wertung steht ganz im Einklang mit den herrschenden Schutzrechtstheorien,³ wonach der besondere Schutz gewerblicher Schutzrechte auch ein Entgelt für die Offenbarung der Erfindung an die Allgemeinheit darstellen soll. Im Ergebnis muß daher darauf bestanden werden, daß einem Know-how-Inhaber, welcher im Einzelfall nicht die besonderen Voraussetzungen eines Schutzrechtstatbestandes erfüllt, dieser besondere Schutz nicht unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsfiguren zugestanden werden darf.

2. In Frankreich ist die Auseinandersetzung im Schrifttum über die Rechtsnatur des Know-how (nature juridique

1) BB 1974, S. 567.

2) Berücksichtigt man, daß die absoluten Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zeitlich unbegrenzt sind, so wäre die Rechtsposition aus dem Know-how mitunter sogar stärker. Vgl. dazu PFISTER, op.cit., S. 50 ff.

3) Vgl. HUBMANN, op.cit., § 5, II, 3 b, sowie PFISTER, op.cit., Fußn. (119).

du know-how) durch eine vergleichbare Kontroverse wie in Deutschland gekennzeichnet, die sich lediglich in Nuancen unterscheidet. Eine Behandlung dieser Frage in der französischen Rechtsprechung fehlt dagegen gänzlich.

Während auch in der französischen Literatur vorherrschend die Ansicht vertreten wird, daß das Know-how kein Ausschließlichkeitsrecht darstellt,¹ versuchen die Befürworter eines Rechts am Know-how (*droit au know-how*) dieses entweder mit einem Eigentumsrecht am Know-how (*droit de propriété au know-how*) oder mit persönlichkeitsrechtlichen Erwägungen (*droit personnel au secret du know-how*) zu begründen.²

a. Gegen die Anerkennung eines Eigentumsrechts am Know-how³ bestehen indessen erhebliche Bedenken.

Die Eigentumsfähigkeit des Know-how läßt sich nämlich nicht schon auf Grund von Art. 544 C.c. beantworten.

-
- 1) Vgl. DURAND, J.C.P., 1967, Nr. 2078, Nr. 12, der darauf hinweist, daß bei geistigen Gütern wie dem Know-how neben einer allenfalls faktischen Exklusivität eben eine rechtliche Exklusivität nur in den Fällen besteht, wo sie kraft Gesetzes ausdrücklich verliehen worden ist. Vgl. ferner MOUSSERON, Cah.dr. entr., 1972, Nr. 1, S. 7.
 - 2) Unhaltbar dürfte die von PLAISANT in J.C.C., Fasc. III bis, 1966, Nr. 50, für den Bereich des Fabrikgeheimnisses (*secret de fabrique*) vertretene Auffassung sein; darin leitet er den Ausschließlichkeitscharakter des Fabrikgeheimnisses allein aus dem Umstand her, daß seine unerlaubte Verbreitung einen Straftatbestand erfüllt. In dem von PLAISANT und SAYN in jüngerer Zeit speziell zum Know-how verfaßten Beitrag in J.C.C., Fasc. III ter, 1973, wird diese Ansicht, insbesondere auch für den Fall, daß sich das Know-how inhaltlich mit dem Fabrikgeheimnis deckt, jedoch nicht mehr vertreten.
 - 3) Ein derartiges "*droit de propriété au know-how*" wird ausdrücklich von DARGIER de SAINT-VAULRY, op.cit., S. 45, bejaht.

Darin wird lediglich der Inhalt des Eigentumsrechts, nicht aber dessen Voraussetzungen bestimmt. Auch die Einordnung des Know-how als bewegliches, unkörperliches Gut (*bien meuble incorporel*)¹ in die sachenrechtlichen Systembegriffe des Code civil gibt noch keinen Aufschluß darüber, ob das Know-how als Eigentumsrecht anzusehen ist. Ob das Know-how Gegenstand eines exklusiven, dinglichen Rechtes sein kann, verbindet sich nämlich mit der grundsätzlichen Frage der Erstreckung des Eigentumsbegriffs auf unkörperliche, geistige Güter.²

Eigentumsfähig ist nach der heute herrschenden französischen Rechtsauffassung jede Sache, an der eine absolute Sachherrschaft ausgeübt werden kann.³ Diese für den Eigentumsbegriff wesentliche absolute Sachherrschaft des Know-how-Inhabers an seinen Kenntnissen wird von der Literatur indessen überwiegend verneint. Während nämlich bei körperlichen Gegenständen die rechtliche Ausschließlichkeit aus der tatsächlichen Zuordnung folgt, kann diese Regel nicht auf den Besitz geistiger Güter übertragen werden. Dieser Unterschied zwischen materiellen und immateriellen Gütern im Hinblick auf ihre tatsächliche Zuordnung wird verdeutlicht, wenn man sich vergegenwärtigt, daß zwei verschiedene Personen an ein und derselben Sache nicht die absolute Sachherrschaft ausüben können, was an einem bestimmten Gedanken aber sehr wohl möglich ist.⁴ "Ein unkörperlicher, geistiger Gegenstand - et-

1) Vgl. DARGIER de SAINT-VAULRY, op.cit., S. 11.

2) Vgl. MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 443, der diese Frage mit der prinzipiellen Frage nach der Rechtsnatur der sog. "droits intellectuelles" verbindet.

3) Das gilt gleichermaßen für körperliche wie unkörperliche Sachen. Vgl. zum Eigentumsbegriff und seinen Wesensmerkmalen, FERID, op.cit., Anm. 3 A. 144 ff. Zu der hier interessierenden Frage ferner MOUSSERON, Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention, Thèse Montpellier, 1960, S. 272 ff.

4) Vgl. ein weiteres Beispiel bei MOUSSERON, Cah.dr. entr., 1972, Nr. 1, S. 8.

wa eine Erfindung - ist nicht an einen Ort gebunden, sondern kann überall ganz sein, kann in seiner Ganzheit gleichzeitig an verschiedenen Orten, von mehreren Personen, in verschiedener Weise verwendet werden." Diese Umschreibung der sogenannten Ubiquität des technischen Geheimnisses von PFISTER¹ ist die Kehrseite dessen, was ROUBIER in Bezug auf körperliche Sachen als fehlende Ubiquität bezeichnet.² Eine eigentumsähnliche ausschließliche Nutzungsmöglichkeit besteht an geistigen Gütern daher nur dann, wenn sie ihrem Inhaber durch Gesetz verliehen wurde.³ Diese Ansicht stimmt auch mit der Auffassung von MOUSSERON überein,⁴ der ein Eigentumsrecht am Know-how gleichfalls unter Hinweis auf die fehlende tatsächliche Ausschließlichkeit ablehnt und in diesem Zusammenhang die fehlende gesetzliche Exklusivität des Know-how betont.

Als Befürworter eines Eigentumsrechts am Know-how schränkt allerdings auch DARGIER de SAINT-VAULRY, ähnlich wie seine deutschen Kollegen,⁵ den Inhalt dieses Rechtes ein. Nach seiner Auffassung soll die Wirkung dieses mithin nur beschränkten Eigentumsrechts am Know-how Dritten gegenüber immer dann versagen, wenn diese Dritten das Know-how nicht arglistig besitzen.⁶ Gegen

1) Op.cit., S. 16.

2) Vgl. ROUBIER, op.cit., Bd. I, S. 97; zit. bei MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 448.

3) Vgl. MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 450, mit dem Hinweis, auf das Patent.

4) Vgl. MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 7.

5) Vgl. oben, S. 38, 39.

6) Vgl. DARGIER de SAINT-VAULRY, op.cit., S. 19: "Le titulaire du know-how voit donc son droit dépourvu d'application toutes les fois qu'il se trouve devant un tiers qui détient ce know-how d'une manière non frauduleuse."
Dagegen ausdrücklich MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 7 u. 8, der darauf hinweist, daß eine derartige Beschränkung mit der Rechtsnatur des Eigentums als absolutem Recht unvereinbar ist.

eine solche Beschränkung spricht der eindeutige Wortlaut des Art. 544 C.c.,¹ der eine sachliche Einschränkungsmöglichkeit des Eigentumsrechts nicht kennt.

b. Ähnlich FORKEL² hat MAGNIN versucht, ein gegenüber Dritten wirkendes subjektives Recht am Geheimnis des Know-how (droit personnel au secret du know-how) de lege lata zu begründen.³ Dieses ist der jüngste Versuch, das Know-how nach geltendem Recht als absolutes Recht zu qualifizieren. MAGNIN stützt seine These dabei auf Art. 9 C.c., eine Bestimmung, welche erst durch das Gesetz zum Schutz der Privatsphäre vom 17.7.1970⁴ in den Code civil eingefügt worden ist und ein individuelles Persönlichkeitsrecht statuiert.⁵ Bei diesem Persönlichkeitsrecht versucht MAGNIN das von ihm entwickelte Recht am Geheimnis des Know-how anzusiedeln.

An der Möglichkeit einer derart extensiven Auslegung bestehen allerdings erhebliche Zweifel; denn der Wortlaut des Art. 9 C.c. spricht ausdrücklich nur von "vie privée". Ein Privatleben einer juristischen Person ist indessen schlecht vorstellbar und wird von MAGNIN nicht einmal behauptet. Aber selbst wenn man ein bestimmtes Innenleben von juristischen Personen unterstellt, das dem Privatleben einer natürlichen Person entspricht ("correspond"), wie MAGNIN es annimmt,⁶ so ist doch

1) Art. 544 C.c. lautet: "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements."

2) Op.cit., S. 110 ff.; vgl. oben, S. 35.

3) Vgl. MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 452 - 482.

4) Loi n° 70 - 643 du 17 juillet 1970.

5) Art. 9 Abs. 1 C.c. lautet: "Chacun a droit au respect de sa vie privée."

6) A.a.O., Nr. 472: "Vie intérieure des personnes morales."

nicht ersichtlich, wie dieses sogenannte Innenleben von juristischen Personen von Art. 9 C.c. angesichts seines eindeutigen Wortlauts und Regelungszwecks mit umfaßt sein soll.¹

Im übrigen ist nicht klar erkennbar, ob MAGNIN jedes, und sei es auch nur das geheime Know-how, zum Innenleben eines Unternehmens rechnen möchte, oder ob darunter nur ein begrenzter Kernbereich zu verstehen ist.

Die Ansicht von MAGNIN hat, soweit ersichtlich, bislang weder ausdrückliche Zustimmung noch Nachahmung gefunden. FRANÇON hat in seinem Vorwort zu MAGNIN's Werk dagegen seine Zweifel an der Vertretbarkeit dieser Thesen offen zum Ausdruck gebracht.²

3. Im Gegensatz zu Deutschland und Frankreich sind in Belgien kaum Stellungnahmen, geschweige denn Untersuchungen zur Rechtsnatur des Know-how vorhanden. Die Rechtsprechung schweigt sich völlig aus.

a. DEMIN begnügt sich mit der Behauptung,³ der Know-how-Inhaber habe ein "droit de propriété personnelle" am Know-how, nicht dagegen ein "droit privatif", ohne dafür eine Begründung abzugeben. DEMIN verweist allein auf eine Beobachtung von SCHRANS, daß in der heutigen Ge-

1) Auch eine Auslegung der Art. 368 - 372 des Code pénal, welche auf Grund des gleichen Gesetzes zum Schutz der Privatsphäre, Nr. 70 - 643 vom 17.7.1970, ergangen sind, in dem von MAGNIN beabsichtigten Sinne erscheint aus denselben Gründen unmöglich.

2) "Nous doutons ..., que les rédacteurs de ce texte aient songé, en l'élaborant (sc. das Gesetz Nr. 70 - 643 vom 17.7.1970), à protéger la vie privée des entreprises industrielles." FRANÇON in: Vorwort zu MAGNIN, op.cit., 1974, S. 10.

3) Op.cit., S. 20.

setzung eine Tendenz festzustellen sei, das Know-how den gewerblichen Schutzrechten teilweise anzugleichen. In der Tat hat SCHRANS das Know-how in seiner Untersuchung über den gesetzlichen Schutz des Know-how¹ in den Kreis der gewerblichen Schutzrechte eingeordnet und in diesem Zusammenhang auf die §§ 20, 21 GWB sowie Art. 4 Abs. 2 Ziff. 2 b der VO Nr. 17 (EWG) und Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der VO Nr. 19/65 (EWG) hingewiesen. SCHRANS läßt aber trotz dieser Gleichbehandlung des Know-how mit absoluten Schutzrechten speziell auf kartellrechtlicher Ebene die Rechtsnatur des Know-how offen.

b. Auch in Belgien findet der Grundsatz vom *numerus clausus* der gewerblichen Schutzrechte stets besondere Beachtung. A. VANDER HAEGHEN hat diesen Grundsatz mit den Worten vom "*principe de la liberté d'imitation*" und der Schlußfolgerung: "*Créer n'importe pas exclusivité*",² sowie der Feststellung: "*Il n'y a d'exclusivité que lorsqu'elle est organisée par la loi*" sehr anschaulich beschrieben.³ Die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts am Know-how wäre mit diesen Grundsätzen aber unvereinbar.

4. Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Rechtsnatur des Know-how noch weitgehend ungeklärt ist. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, daß das Know-how kein Recht, sondern nur eine faktische Wissenslage darstellt; dabei wird betont, daß es dem Know-how-In-

1) Op.cit., S. 3, Nr. 7.

2) A. VANDER HAEGHEN, Ing.Cons., 1954, S. 191.

3) A.a.O., S. 193; die Ausführungen von A. VANDER HAEGHEN zur Gedankenfreiheit im gewerblichen Bereich a.a.O. sind von grundlegender Art und illustrieren die Bedeutung dieses Grundsatzes für den Bestand und die Entwicklung einer wettbewerbsfähigen Wirtschaftsordnung sehr eindrucksvoll.

haber mit Rücksicht auf das Wesen gewerblicher Kenntnisse bereits an einer tatsächlichen, ausschließlichen Sachherrschaft an diesem Wissen fehlt.

Die Befürworter eines absoluten Rechts am Know-how beschränken dieses durchweg auf geheime Kenntnisse und relativieren auch im übrigen die Wirkung eines derartigen Ausschließlichkeitsrechts. Diese Bestrebungen, das Know-how als absolutes Recht aufzufassen, stoßen in allen drei Ländern auf erhebliche Bedenken. Der Einwand, daß dabei das Prinzip des numerus clausus der gewerblichen Schutzrechte unterlaufen werde, erscheint von allen Einwänden als der stärkste.

Auch aus dem Umstand, daß das Know-how regelmäßig einen wesentlichen wirtschaftlichen Faktor verkörpert, läßt sich nichts für seine rechtliche Qualifizierung herleiten. Dieser wirtschaftlichen Bedeutung des Know-how Rechnung zu tragen, muß dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

IV. Der rechtliche Schutz des Know-how

Der rechtliche Schutz des Know-how ist bereits Gegenstand zahlreicher Untersuchungen in Deutschland wie auch in Frankreich und Belgien gewesen.¹ Der vorliegende Abschnitt kann sich daher auf die Wiedergabe eines kurzen Überblicks über die wesentlichen Punkte dieses Fragenkreises beschränken. Dabei sollen, ausgehend von dem Umstand, daß das Know-how selbst in keiner der untersuch-

1) Die vollständigsten Veröffentlichungen auf diesem Gebiet sind in Deutschland: KRASSER, GRUR 1970, S. 587-597; GAUL/BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q 10-25; Frankreich: DARGIER de SAINT-VAULRY, op.cit., S. 97-167; MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 254-482; Belgien: SCHRANS, op.cit., S. 4-11.

ten Rechtsordnungen einen unmittelbaren rechtlichen Schutz genießt, zunächst die verschiedenen Möglichkeiten eines wenigstens mittelbaren Know-how-Schutzes dargestellt werden. Im Anschluß daran soll kurz auf die Frage nach den Möglichkeiten sowie der Zweckmäßigkeit der Einführung eines spezifischen Know-how-Schutzes eingegangen werden.

1. Schutzmöglichkeiten nach geltendem Recht

Unter Schutz des Know-how wird allgemein die rechtlich begründete Befugnis dessen, der über Know-how verfügt, verstanden, anderen die Benutzung oder die Verbreitung des Know-how zu verbieten.¹ Dabei gilt es, folgenden grundsätzlichen Unterschied zu beachten: Wenn zwischen dem Know-how-Inhaber und Dritten vertragsrechtliche Beziehungen bestehen, richten sich die Rechtsbeziehungen zwischen den betreffenden Parteien primär nach dem Inhalt des jeweiligen Vertragsverhältnisses. In diesem Fall haben es die Parteien selbst in der Hand, den Inhalt des Vertrages zu bestimmen; insbesondere steht es dem Know-how-Inhaber frei, sich durch die Vereinbarung besonderer Schutzklauseln gegen die unerlaubte Benutzung oder Verbreitung seiner Kenntnisse zu schützen.

Wenn dagegen zwischen dem Know-how-Inhaber und Dritten vertragliche Beziehungen nicht, oder jedenfalls nicht wirksam bestehen, stellt sich die Frage nach außervertraglichen Schutzmöglichkeiten. Von diesen Fällen soll in diesem Abschnitt die Rede sein, während die vertraglichen Schutzmöglichkeiten im zweiten Teil dieser Arbeit eingehend behandelt werden.²

1) So die Definition des Know-how-Schutzes von KRASSER in GRUR 1970, S. 589, 1. Sp.

2) Vgl. unten, S. 103 ff., 111 ff. und 113 ff.

Keinerlei Schwierigkeiten bereitet in diesem Zusammenhang die Einordnung des sog. vorvertraglichen Schutzes. Solange nämlich zwischen den Parteien eines in Aussicht genommenen Know-how-Vertrages eine vertragliche Vereinbarung nicht wirksam zustandegekommen ist, kann sich das Rechtsverhältnis zwischen ihnen auch nicht nach Vertragsrecht beurteilen. Etwas anderes gilt selbst dann nicht, wenn man, wie im deutschen Recht, auf gewisse vorvertragliche Rechtsbeziehungen die Rechtsgrundsätze der culpa in contrahendo anwendet, da es sich hierbei nur um einen besonderen Typus eines gesetzlichen, wenngleich häufig auch als vertragsähnlich bezeichneten Schuldverhältnisses handelt. Im französischen und belgischen Zivilrecht richten sich die vorvertraglichen Rechtsbeziehungen ohnehin nur nach den allgemeinen Regeln des Deliktrechts. Haben dagegen die Parteien anlässlich der Aufnahme ihrer Vertragsverhandlungen bereits im Hinblick auf bestimmte Einzelfragen, wie z.B. die Befugnis zur Benutzung oder Verbreitung des bei den Vertragsgesprächen offenbarten Wissens, besondere Vereinbarungen getroffen, so besteht zwischen den Parteien insoweit eine echte vertragliche Rechtsbeziehung.

Die außervertraglichen Schutzmöglichkeiten von Know-how nach geltendem Recht sind vielfältig. Zur Klarstellung sei an dieser Stelle nochmals betont, daß es sich hierbei nicht um einen den gewerblichen Schutzrechten vergleichbaren Sonderrechtsschutz handelt; denn in keiner der vorliegend behandelten Rechtsordnungen gibt es eine Norm, welche den Schutz von Know-how als solchem zum Gegenstand hat. Der bestehende Know-how-Schutz setzt sich aus einem losen Netz verschiedener Rechtsvorschriften zusammen, welche das Know-how lediglich in einzelnen Beziehungen - z.B. seinen Geheimnischarakter, und selbst da nur in ganz bestimmten Erscheinungsformen und gegenüber einem begrenzten Personenkreis - mittelbar

schützen. Dieses Netz besteht im wesentlichen aus strafrechtlichen, wettbewerbsrechtlichen und zivilrechtlichen Tatbeständen. Die Darstellung wird sich im folgenden vor allem mit diesen Punkten befassen.

a. Der strafrechtliche Schutz

In Deutschland enthält das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (UWG) vereinzelte Straftatbestände zum Schutz gegen den Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen (§ 17 UWG) sowie die sog. Vorlagenfreibeuterei (§ 18 UWG). Unter der Voraussetzung, daß ein bestimmtes Know-how sich inhaltlich mit dem Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses¹ im Sinne des § 17 UWG deckt, kommt der Inhaber dieser Kenntnisse auch in den Genuß dieses besonderen strafrechtlichen Schutzes. Dieser spezielle Geheimnisschutz stellt allerdings nur die unbefugte Mitteilung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen durch Unternehmensangehörige während der Geltungsdauer eines Dienstverhältnisses (§ 17 Abs. 1 UWG) oder die unbefugte Verwertung oder Mitteilung derselben nach unredlicher Kenntniserlangung (§ 17 Abs. 2 UWG) unter Strafe. § 18 UWG schützt seinerseits nur vor einer unbefugten Verwertung oder Mitteilung im geschäftlichen Verkehr anvertrauter Vorlagen oder Vorschriften technischer Art.² Die Lückenhaftigkeit der strafrechtlichen Schutzmöglichkeiten für das Know-how ist somit offensichtlich.³ Es soll gleichwohl nicht verkannt werden,

1) Zur Definition dieser Begriffe sowie zur Auslegung dieser Strafbestimmungen vgl. ULMER-REIMER, op.cit., Bd. III, Nr. 305 - 341; desgl. KRASSER, GRUR 1970, S. 589 - 593.

2) Bezüglich der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen vgl. ULMER-REIMER, op.cit., Bd. III, Nr. 334 - 339.

3) Die strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutz des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs, §§ 201 - 205 StGB, insbesondere § 203 StGB, sowie die Straftatbestände zum Schutze von Eigentum und Vermögen können

daß Vertragspartner z.B. zunehmend von der Möglichkeit Gebrauch machen, durch einen entsprechenden Hinweis auf den Geheimnischarakter anvertrauter Unterlagen die Strafbestimmung des § 18 UWG wirksam werden zu lassen, um sich auf diese Weise im Stadium der Vertragsverhandlungen wirksamer zu schützen.¹ Zu erwähnen ist noch, daß der Gesetzgeber in § 20 UWG die Strafbarkeit von Geheimnisverletzungen auf besonders gefährliche Versuchs- und Vorbereitungshandlungen ausgedehnt hat. Es muß allerdings hier, wie bei den übrigen Geheimnisschutzvorschriften, stets berücksichtigt werden, daß im Einzelfall der Nachweis der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen mit großen praktischen Schwierigkeiten verbunden ist.

In den beiden Nachbarländern Frankreich und Belgien ist die Situation ähnlich. In Frankreich ist auf Grund von Art. 418 des Code pénal die unerlaubte Mitteilung von Fabrikgeheimnissen (secrets de fabrique) durch Unternehmensangehörige unter Strafe gestellt. In Belgien hängt die Strafbarkeit eines Fabrikgeheimnisverrats gem. Art. 309 des Code pénal zusätzlich davon ab, daß der Täter subjektiv entweder mit Schädigungsabsicht oder arglistig gehandelt hat.² Die Strafbarkeitsvoraussetzun-

nur in einigen, besonders gelagerten Fällen, und selbst dann nur in gewissen Beziehungen, Schutz bieten und sind daher in diesem Zusammenhang insgesamt von untergeordneter Bedeutung.

- 1) Diese Beobachtung wird bestätigt bei GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q 23.
- 2) Vgl. FREDERICQ, op.cit., Nr. 181, 1 d, und DALCQ, op.cit., I, S. 429 m.w.N.
In Frankreich ist diese Frage umstritten. Während PLAISANT, J.C.C., Fasc. III bis, 1966, Nr. 31, und DARGIER de SAINT-VAULRY, op.cit., S. 116, einen qualifizierten Vorsatz (dol spécial) verlangen, halten MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, S. 9, Fußn. (71), und MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 284, grundsätzlich einfachen Vorsatz für ausreichend. Der ersteren Ansicht scheint auch KRASSER in ULMER-KRASSER, op.cit., Band IV, Nr. 362, zuzuneigen, wenn er von "intention frauduleuse" spricht.

gen sind insoweit wesentlich enger als im deutschen Recht. Hinzukommt, daß sich der Begriff des Fabrikgeheimnisses in beiden Fällen im Gegensatz zum Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses nach dem deutschen UWG nur auf industrielle, nicht dagegen auf kommerzielle Kenntnisse erstreckt. Soweit Art. 418 des französischen Code pénal sowie Art. 309 des belgischen Code pénal die unbefugte Mitteilung durch Beschäftigte des Geheimnisinhabers schützen, decken sich diese Strafvorschriften mit § 17 Abs. 1 UWG. Dagegen gibt es keine den §§ 17 Abs. 2 und 18 UWG entsprechende Strafbestimmungen. Allerdings kann sich ein Konkurrent unter den Voraussetzungen der Art. 59 und 60 des französischen C.p., bzw. Art. 66 des belgischen C.p. wegen Anstiftung und Beihilfe zu einer Tat in dem beschriebenen Sinne strafbar machen.¹

Das nicht geheime Know-how genießt dagegen in keiner der hier interessierenden Rechtsordnungen einen auch nur mittelbaren strafrechtlichen Schutz. Die Arbeiten des Europarats mit dem Ziel einer Vereinheitlichung der nationalen Gesetze zum Schutze von industriellen und kommerziellen Geheimnissen² haben noch zu keinem positiven Erfolg geführt.

Vgl. zum strafrechtlichen Geheimnisschutz in Frankreich im übrigen KRASSER, a.a.O., Nr. 353 - 373, und zur Rechtslage in Belgien: SCHRICKER in ULMER-SCHRICKER, op.cit., Bd. II, Nr. 348 - 359. Zur Vollständigkeit sei hier auch auf das belgische Gesetz zum Schutz von im öffentlichen Interesse stehenden Erfindungen und Fabrikgeheimnissen, Loi relative à la divulgation et à la mise en oeuvre des inventions et des secrets de fabrique intéressant la défense du territoire ou de la sûreté de l'Etat, du 10 janvier 1955, hingewiesen.

- 1) Über Einzelheiten der strafrechtlichen Schutzmöglichkeiten vgl. die sehr ausführlichen Untersuchungen zu diesem Thema von DARGIER de SAINT-VAULRY, op.cit., S.99-128, und MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 276 - 316.
- 2) Vgl. Travaux de la Ligue internationale contre la

b. Der zivilrechtliche Schutz im Wettbewerbsrecht

Während das Strafrecht öffentlichrechtliche Sanktionen gegen bestimmte Verhaltensweisen normiert, regelt das Wettbewerbsrecht in erster Linie die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Wettbewerbssubjekten. Insbesondere gibt es einzelnen Wettbewerbern eine Rechtsgrundlage, andere Mitbewerber für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf Schadensersatz oder auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen. Diese Ansprüche bestehen unabhängig davon, ob der Verpflichtete durch sein Verhalten gleichzeitig einen Straftatbestand erfüllt hat, da beide Normgruppen verschiedene Normzwecke verfolgen. Hier interessiert allein die Frage, ob ein Know-how-Inhaber einen Konkurrenten, der seine Interessen verletzt, auf Schadensersatz und Unterlassung wegen unerlaubter Benutzung und Verbreitung seines Know-how in Anspruch nehmen kann.

In Deutschland bestimmen sich die besonderen außervertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Wettbewerbern und damit auch zwischen einem Know-how-Inhaber und seinen Konkurrenten zunächst nach dem UWG. Für den Fall einer strafbaren Zuwiderhandlung gegen die §§ 17 und 18 UWG sieht § 19 UWG ausdrücklich einen Schadensersatzanspruch vor. Dieselbe Rechtsfolge ergibt sich aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. §§ 17 und 18 UWG, da die allgemeine Deliktshaftung grundsätzlich neben den besonderen Vorschriften des UWG bestehen bleibt. Ein Unterlassungsanspruch wird zwar von § 19 UWG in den dort genannten Fällen nicht ausdrücklich gewährt, ergibt sich aber aus § 1 UWG, der

concurrence déloyale, Journées de Prague 1969 et de Vienne 1969 sur "La violation des secrets industriels et commerciaux en matière concurrentielle": Rev.int. de la concurr., 1970, p. 31.

in diesen Fällen immer zugleich verletzt wird.¹ In anderen Fällen einer Wettbewerbsverletzung besteht ein Anspruch gegen einen Mitbewerber nur, sofern die Beeinträchtigung auf einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung beruht, § 1 UWG. Wann das zutrifft, ist Gegenstand einer reichhaltigen Kasuistik, auf die hier nur verwiesen werden kann.² Angesichts des Grundsatzes der freien Nachahmbarkeit gewerblicher Leistungen kann ein derartiger Verstoß gegen die guten Sitten (§ 1 UWG) aber nur in ganz besonders gelagerten Fällen bejaht werden. Ein Schutz gegen die Nachahmung ungeschützter oder gemeinfrei gewordener geistiger Leistungen besteht regelmäßig nur in den Fällen sog. sklavischer Nachahmung.³

Für die Geltendmachung sämtlicher vorstehender Ansprüche gilt gem. § 21 Abs. 1 UWG eine abgekürzte Verjährungsfrist von grundsätzlich 6 Monaten, höchstens aber 3 Jahren. Dasselbe gilt auch für die Blankettvorschrift des § 823 Abs. 2 BGB iVm. den §§ 17 und 18 UWG sowie in den Fällen, in denen der schuldhafte Wettbewerbsverstoß gleichzeitig einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt;⁴ § 852 BGB gilt nach dem Normzweck des § 21 UWG insoweit nicht.

In Frankreich gibt es keine dem deutschen UWG vergleichbare spezialgesetzliche Regelung des Wettbewerbsrechts. Der privatrechtliche Schutz gegen unlautere Wettbewerbs-handlungen zwischen Wettbewerbern richtet sich vielmehr nach den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungstatbestän-

1) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, op.cit., Bd. I, § 17 UWG, Anm. 20; v. GODIN, op.cit., U § 19, Anm. 2.

2) Vgl. KRASSER, GRUR 1970, S. 593, m.w.N.

3) Vgl. dazu insbesondere ULMER-REIMER, op.cit., Bd. III, Nr. 266 - 304.

4) Vgl. BGH, Urt. v. 22.12.1961, GRUR 1962, S. 310 (314) und BGH, Urt. v. 28.9.1973, GRUR 1974, S. 99 (100).

den; diese haben ihre Rechtsgrundlage in den Art. 1382 und 1383 des Code civil. Auf dieser Grundlage entwickelte die Rechtsprechung die sog. Klage wegen unlauteren Wettbewerbs: die "action en concurrence déloyale". Diese Klageart ist in erster Linie auf Schadensersatz gerichtet; der Geschädigte kann aber zugleich auch als unselbstständige Nebenfolge der gegebenen Schadensersatzklage Unterlassung der wettbewerbswidrigen Handlung verlangen.¹ Die Voraussetzungen dieses wettbewerbsrechtlichen Anspruchs sollen zum besseren Verständnis kurz skizziert werden. Auszugehen ist davon, daß die Art. 1382 und 1383 C.c. prinzipiell jedermann die Möglichkeit geben, allgemein gegen jede schuldhaft e Handlung oder Unterlassung, durch welche ihm ein Schaden zugefügt wird, vorzugehen und Schadensersatz zu verlangen. Auf die Beeinträchtigung eines besonderen, subjektiven Rechts wie bei § 823 Abs. 1 BGB kommt es dabei nicht an, weil im französischen Deliktsrecht bereits jede Verletzung einer rechtlich geschützten Interessenlage, wozu insbesondere auch das Vermögen gehört, haftungsbe gründend sein kann.² Ein derartiges rechtlich geschütztes Interesse stellt auch das Know-how als Vermögensbestandteil dar.³ Allerdings erfüllt nicht jede Beeinträchtigung des Know-how bereits den Tatbestand der Art. 1382, 1383 C.c., da die die Beeinträchtigung verursachende Handlung oder Unterlassung rechtswidrig sein muß. Im Verhältnis zwischen Wettbewerbern ist also nicht schon jede Verletzung von Interessen des Know-how-Inhabers per se als rechtswidrig anzusehen. Vielmehr muß die Rechtswidrigkeit, ähnlich wie bei den sog. Rahmen-

1) Vgl. zum Ganzen: KRASSER in ULMER-KRASSER, op.cit., Bd. IV, Nr. 367 - 372.

2) Vgl. MARTY-RAYNAUD, op.cit., II, 1^{er} vol., Nr. 378 ff.; ferner FERID, op.cit., Anm. 2 M 43, m.w.N.

3) Vgl. MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 377.

rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, für jeden Einzelfall eigens geprüft werden. Ein Nachteil, den ein Wettbewerber seinem Mitkonkurrenten als bloße Folge seiner Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr zufügt, kann regelmäßig nicht als rechtswidrig angesehen werden. In einem solchen Fall handelt es sich vielmehr um eine notwendige Folge des Leistungswettbewerbs, der aber grundsätzlich erlaubt ist. Die Grenze eines rechtlich zulässigen Wettbewerbs verläuft dort, wo dieser mit unlauteren Mitteln geführt wird. Die Bestimmung dessen, was gegen die "usages honnêtes en matière industrielle et commerciale" verstößt, ist in Frankreich, ähnlich wie in Deutschland, Gegenstand einer nur schwer überschaubaren Kasuistik.¹ Die action en concurrence déloyale gewährt somit weder einen spezifischen Know-how-, noch Geheimnisschutz, sondern lediglich eine Handhabe gegen bestimmte unlautere Geschäftspraktiken.

Ebenso wie im deutschen gilt auch im französischen Recht in diesem Zusammenhang eine besondere Verjährungsbestimmung. Die allgemeine, 30-jährige Verjährungsfrist (Art. 2262 C.c.) verkürzt sich für den Fall, daß die einen Anspruch gem. Art. 1382 C.c. begründende unerlaubte Handlung zugleich eine Straftat ist (vgl. Art. 10 des Code de procédure pénale vom 2.3.1959) auf 3 Jahre, wenn es sich bei dieser Straftat, wie im Fall des Art. 418 C.p., um ein Vergehen handelt.²

In Belgien konnte früher ein Schutz des Know-how unter

-
- 1) Vgl. DARGIER de SAINT-VAULRY, op.cit., S.134 - 147 mit zahlreichen Beispielen; KRASSER, op.cit., Bd. IV, Nr. 367, 368, m.w.N.
 - 2) Dieser Grundsatz der "solidarité de l'action civile et de l'action Publique" ist als Ausnahmetatbestand jedoch eng auszulegen, vgl. DARGIER de SAINT-VAULRY, op.cit., S. 126, und FERID, op.cit., Anm. 1 F 10 und Fußn. 24, a.a.O., mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.

wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten in gewissen Grenzen durch Art. 2 f der Wettbewerbsverordnung v. 23.12.1934 erzielt werden.¹ Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Handelspraktiken vom 14.7.1971² wurde die Wettbewerbsverordnung vom 23.12.1934 aufgehoben.³ Dafür enthält das neue Wettbewerbsgesetz in Art. 54 eine dem § 1 des deutschen UWG vergleichbare Generalklausel.⁴ Es kann jedoch davon ausgegangen werden, daß der frühere Art. 2 f der Wettbewerbsverordnung aus dem Jahre 1934 von der Rechtsprechung für die Auslegung des Art. 54 als Auslegungsmaßstab mit herangezogen werden wird. Prozessual ist in den Fällen eines Verstoßes gegen Art. 54 des Wettbewerbsgesetzes in Art. 55 Buchst. i des Wettbe-

-
- 1) Zum wettbewerbsrechtlichen Schutz vor der Ausbeutung fremder Arbeit und der Organisation des Geheimnisschutzes in Belgien, vgl. SCHRICKER in ULMER-SCHRICKER, op.cit., Bd. III, Nr. 332 - 362. Art. 2 f der Wettbewerbsverordnung, die nur zwischen Wettbewerbern Anwendung fand und Ähnlichkeiten mit § 18 UWG aufwies, bestimmte, daß die unerlaubte Benutzung (oder deren Veranlassung) von Modellen, Mustern, technischen Kombinationen, Formeln eines Konkurrenten und ganz allgemein von Angaben oder Dokumenten, welche im Hinblick auf eine Arbeit, Studie oder einen Vorschlag anvertraut wurden, gegen die anständigen Handelsbräuche verstößt (vgl. SCHRICKER, a.a.O., Nr. 348). Dabei kam es weder darauf an, daß es sich um ein Geheimnis handelte, noch beschränkte sich dieser Wettbewerbstatbestand auf rein technische Kenntnisse. In jedem Fall war aber zu berücksichtigen, daß, ebenso wie in Deutschland und Frankreich, nur ganz bestimmte Verletzungshandlungen, nicht dagegen die Verbreitung oder Benutzung fremden, ungeschützten gewerblichen Wissens als solche verboten waren.
 - 2) Loi sur les pratiques du commerce du 14 juillet 1971. Eine eingehende Behandlung des belgischen Gesetzes über Handelspraktiken kann bei SCHRICKER in GRUR Int., 1972, S. 184 - 201, nachgelesen werden.
 - 3) Art. 76 Ziff. 3 des Gesetzes v. 14.7.1971.
 - 4) Art. 54: "Est interdit tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par lequel un commerçant ou artisan porte atteinte ou tente de porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres commerçants ou artisans."

werbsgesetzes ebenso wie auch schon in der Verordnung von 1934 eine selbständige Unterlassungsklage (action en cessation) vorgesehen. Für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches bleibt daneben nach wie vor die auf Art. 1382 und 1383 des C.c. ruhende action en concurrence déloyale bestehen; Voraussetzung für einen solchen Anspruch dürfte allerdings auch hier ein Verstoß gegen Art. 54 des Wettbewerbsgesetzes sein.

c. Der allgemeine zivilrechtliche Schutz

Während das Wettbewerbsrecht grundsätzlich an einen speziellen wettbewerbsrechtlichen Tatbestand anknüpft, setzen die allgemeinen zivilrechtlichen Delikts- und Bereicherungsvorschriften keinen vergleichbaren Sondertatbestand voraus. Einen besonders wirksamen Know-how-Schutz vermögen diese Vorschriften gleichwohl nicht zu gewähren.

Von den allgemeinen Deliktstatbeständen kommen im Verhältnis zwischen Know-how-Inhaber und Dritten allenfalls die §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 17 und 18 UWG und § 826 BGB zur Anwendung. Ein Schutz gem. § 823 Abs. 1 BGB kommt allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht, zu dessen geschütztem Bereich auch ein von einem Unternehmer erlangtes Know-how gehören kann.¹ Allerdings schützt § 823 Abs. 1 BGB nicht schon das Know-how als solches, wie bereits oben² gezeigt wurde. Außerdem kommt neben dem UWG ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nur dann in Betracht, wenn es gilt, eine

1) Vgl. STUMPF, op.cit., Rdnr. 15, S. 32.

2) Vgl. oben, S. 39.

Gesetzeslücke zu schließen,¹ denn der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist gegenüber dem UWG insoweit grundsätzlich subsidiär.

Im französischen und belgischen Deliktsrecht wird von den Art. 1382 und 1383 des C.c. grundsätzlich jedes schützenswerte Vermögensinteresse, also auch das Know-how, geschützt.² Allerdings führt auch hier nicht schon jede Beeinträchtigung zu einer rechtswidrigen Verletzung dieses Interesses; wie im Verhältnis zwischen Wettbewerbern untereinander dürfte es entscheidend auf die Modalitäten der Know-how-Verletzung ankommen.³

Auch ein Zurückgreifen auf die Regeln des Bereicherungsrechts kann für den Know-how-Schutz nichts Wesentliches beitragen. Während in Deutschland gegen die Überwiegende Meinung in der Literatur⁴ in ständiger, höchst richterlicher Rechtsprechung⁵ die Anwendung der §§ 812 ff BGB in der Form der Eingriffskondiktion auf das Wettbewerbsrecht mit der Begründung verneint wird, das Wettbewerbsrecht stelle insoweit eine gesetzlich abschließend

1) Vgl. die Grundsatzentscheidung des BGH vom 22.12.1961 = BGHZ 36, 252 (257), zur Frage der Verjährung von Ansprüchen aus dem UWG. Vgl. auch KATZENBERGER, op. cit., S. 140 ff., insbes. S. 145, der sich für eine generelle Subsidiarität des von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechts am Unternehmen im Verhältnis zum UWG ausspricht. Vgl. auch BAUMBACH-HEFERMEHL, op.cit., Bd. I, § 1 UWG, Rdnr. 1, m.w.N.

2) Vgl. oben, S. 55.

3) Eine ausdrückliche Stellungnahme zu dieser Frage ist bislang weder in Frankreich, noch in Belgien abgegeben worden.

4) Vgl. insbes. HAINES, op.cit., S. 152 ff.; ferner auch PALANDT-THOMAS, op.cit., Einf. v. § 812, Anm. 6 b.

5) Vgl. RGZ, Bd. 108, S. 6; Bd. 121, S. 258 ff.; HAINES, a.a.O., m.w.N.

geregelter Sondermaterie dar, ist in Frankreich und Belgien die sog. "actio de in rem verso" auf diesem Gebiet grundsätzlich anwendbar.¹

Ein solcher Bereicherungsanspruch des französischen und belgischen Rechts führt aber nur in den seltensten Fällen zum Erfolg. Das ist, wie MAGNIN ausführlich dargelegt hat,² unter anderem auf die Beweisschwierigkeiten zurückzuführen, mit denen der Nachweis der Vermögensverschiebung und des fehlenden Rechtsgrundes in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten verbunden ist. Hinzu kommt der im Bereicherungsrecht geltende besondere Grundsatz der Nachrangigkeit. Danach besteht ein Anspruch "de in rem verso" nur in den Fällen, in denen der Kläger keinen anderen Anspruch zur Durchsetzung seines Interesses besitzt, wobei es schon genügt, daß die Möglichkeit eines anderen Anspruchs zu irgendeinem Zeitpunkt einmal bestanden hat. Dieses Subsidiaritätserfordernis schränkt den Anwendungsbereich der allgemeinen Bereicherungsklage nach französischem und belgischem Recht erheblich ein.

d. Der Sonderfall des sog. Vorbenutzungsrechts

In der deutschen Literatur ist der Gedanke von BERTIN,³ der das Know-how auf der Grundlage des patentrechtlichen Vorbenutzungsrechtes (possession personnelle antérieure) geschützt sehen möchte, niemals aufgegriffen worden. Aber auch in Frankreich ist BERTIN mit seiner These inzwischen zunehmend auf Ablehnung gestoßen.⁴

1) Vgl. Cour d'Appel de Paris v. 8.11.1963, Ann. 1964, p. 245, m. Anm. v. MATHELY, sowie Trib.inst. Nîmes v. 26.1.1971, J.C.P., 1971, II, Nr. 16767.

2) Op.cit., 1974, Nr. 360 ff., insbes. 367 ff.

3) Op.cit., 1965, S. 35-44.

4) Vgl. MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, S. 11; kritisch auch MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 338 ff., insbes. 353.

In der Tat ist das auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes geltende Vorbenutzungsrecht¹ nicht geeignet, den Know-how-Inhaber gegen Beeinträchtigungen durch Dritte zu schützen. Unabhängig davon, daß das Vorbenutzungsrecht nur auf schutzrechtsfähige, gewerbliche Kenntnisse anwendbar ist, ist auch seine Stoßrichtung eine ganz andere. Es soll lediglich gewährleisten, daß ein Dritter, der bereits vor dem für den Erwerb eines Schutzrechtes maßgeblichen Zeitpunkt im Besitz der Erfindung war, durch den Schutzrechtsinhaber nicht an der Weiterbenutzung der Erfindung gehindert wird.² Das Vorbenutzungsrecht schützt in allen drei Rechtsordnungen den Inhaber ungeschützter gewerblicher Kenntnisse daher nur vor der Gefahr, durch einen Parallelerfinder, welcher an derselben Erfindung ein Schutzrecht erworben hat, an der Nutzung seiner Kenntnisse gehindert zu werden.³

2. Zweckmäßigkeit eines spezifischen Know-how-Schutzes

Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich gemacht, daß ein gesetzlicher Know-how-Schutz in allen drei

-
- 1) In Deutschland hat es seine Rechtsgrundlage in § 7 Abs. 1 Satz 3 PatG; § 5 Abs. 4 GebrMG; in Frankreich in Art. 31 des PatG v. 2.1.1968; in Belgien ist es gewohnheitsrechtlich anerkannt, vgl. SCHRANS, Ing. Cons. 1965, S. 189-206, Nr. 11-14.
 - 2) Im französischen Recht (und auch im belgischen) genügt schon die bloße Kenntnis von der Erfindung; so MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 346; a.A. ROUBIER, op.cit., II, S. 177, und MOUSSERON, a.a.O.; im deutschen Recht muß dagegen der Vorbenutzer bereits die Verwertung der Erfindung in Angriff genommen haben; vgl. HUEBMAN, op.cit., § 21, I, 1b.
 - 3) So auch MAGNIN, a.a.O., insbes. Nr. 353; vgl. ferner SCHRANS, op.cit., S. 10.

Rechtsordnungen gegenwärtig nur bruchstückhaft besteht. Dieser Rechtszustand ist unbefriedigend, wenn man an den erheblichen Vermögenswert denkt, den das Know-how in den meisten Fällen darstellt, sowie die zahlreichen Gefahren einer unerlaubten Verbreitung und Verwertung dieser Kenntnisse, denen der Know-how-Inhaber ständig ausgesetzt ist.¹

Es ist daher kaum verwunderlich, wenn eine Verstärkung des Know-how-Schutzes gefordert wird. In Deutschland hat sich vor allem PFISTER in seinem jüngsten Werk für eine Verbesserung der Rechtsposition des Know-how-Inhabers ausgesprochen;² in Frankreich will dies in erster Linie MAGNIN,³ in Belgien CARDON.⁴ Auf internationaler Ebene hat die Internationale Handelskammer in Paris bereits im Jahre 1961 in einer Entschlieung den nationalen Gesetzgebern die Einführung bestimmter Schutzbestimmungen gegen die unerlaubte Verbreitung von Know-how empfohlen,⁵ jedoch ist bislang noch kein Land den von der I.H.K. unterbreiteten Empfehlungen gefolgt. Insgesamt reichen die Änderungsvorschläge von der Forderung nach einem spezifischen Know-how-Schutz durch Schaffung eines Depotsystems⁶ über eine Verstärkung des spezialgesetz-

1) MAGNIN hat versucht, die häufigsten Gefahrenquellen, welche den Bestand des Know-how bedrohen, in einer Übersicht zusammenzustellen, vgl. op.cit., 1974, Nr. 255 - 267. Danach handelt es sich um folgende sieben Gefahrenkreise: 1. Unternehmensangehörige, 2. Unternehmensfremde, aber im Unternehmen selbst Beschäftigte (z.B. Werkunternehmer), 3. Zulieferer, 4. Vertrauliche Mitteilungen an Dritte, 5. Unternehmenszusammenschlüsse, 6. Wirtschafts- und Industriespionage, 7. Mobilität der Beschäftigten.

2) Vgl. PFISTER, op.cit.

3) Op.cit., 1974.

4) Ing.Cons., 1968, S. 194 - 199.

5) Vgl. Kommission der I.H.K., Sitzungsbericht v. 17.2. 1961, Dok.Nr. 450/198.

6) Vgl. die Entschlieung der Generalversammlung der A.N.B.P.P.I. v. 26.6.1959, sowie darauf aufbauend die

lichen Geheimnisschutzes,¹ bis hin zu einer Anerkennung des Know-how als Ausschließlichkeitsrecht innerhalb des geltenden Rechts.² Dabei wird stets betont, daß damit nicht die Schaffung eines absoluten Schutzrechts am Know-how, vergleichbar mit den bestehenden gewerblichen Schutzrechten, angestrebt werde; die Absicht, die Rechtsposition des Know-how-Inhabers gegenüber Dritten gemessen an der gegenwärtigen Rechtslage zu verbessern, ist gleichwohl unbestritten.

Auf die rechtlichen wie tatsächlichen Bedenken gegen eine Verfestigung der bisherigen Rechtstellung des Know-how-Inhabers, auf die bereits im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Rechtsnatur des Know-how eingegangen wurde,³ sei hier verwiesen. Zu dem Vorschlag einer gesetzgeberischen Lösung des Problems soll noch folgendes bemerkt werden: Angesichts der Schwierigkeit, eine allgemein anerkannte Know-how-Definition festzulegen, sowie der zahllosen denkbaren Verletzungstatbestände, muß die Schaffung eines Gesetzes, das all diesen Anforderungen genügen will, als unrealistisch bezeichnet werden.

Es ist daher der Ansicht von SCHRANS beizupflichten, daß der herrschende Rechtszustand dank seiner Flexibilität, insbesondere im Bereich der wettbewerbsrechtlichen Tatbestände, vorzuziehen ist.⁴ Bedenkt man nicht zuletzt, mit welch erheblichen praktischen Schwierigkeiten eine Durchsetzung gesetzlicher Ansprüche gegen Dritte ange-

1) Vgl. LADAS, in Prop.Ind., 1963, S. 222 (224), sowie die EntschlieÙung der I.H.K. v. 17.2.1961, a.a.O.

2) So insbes. PFISTER und MAGNIN; vgl. dazu oben den Abschnitt über die Rechtsnatur des Know-how, S. 33 ff.

3) Diese Bedenken ergeben sich vor allem im Hinblick auf den geltenden Rechtsgrundsatz vom numerus clausus der absoluten gewerblichen Schutzrechte sowie dem einer liberalen Wirtschaftsordnung innewohnenden Prinzip der Gedankenfreiheit; vgl. oben S. 46 f.

4) Vgl. op.cit., S. 5.

sichts der unkörperlichen Natur des Know-how regelmäßig verbunden sein würde, so wird deutlich, daß eine effektive Verbesserung des Know-how-Schutzes mit den vorge-schlagenen gesetzgeberischen Maßnahmen kaum zu erreichen ist.

Die Zweckmäßigkeit eines spezifischen Know-how-Schutzes muß unter den gegebenen Umständen somit grundsätzlich verneint werden.

Umso größere Bedeutung kommt folglich den Selbstschutzmaßnahmen des Know-how-Inhabers zu. Das gilt sowohl für Schutzvorkehrungen tatsächlicher, als auch rechtlicher Art. Die rechtlichen Schutzvorkehrungen können natürlich nur im Wege vertraglicher Absprachen getroffen werden, da es dem Know-how-Inhaber an einer eigenen, einseitigen Rechtsetzungs- und Durchsetzungsbefugnis fehlt. Für den hier interessierenden Bereich der freiwilligen Know-how-Vergabe bedeutet dies, daß der Know-how-Inhaber bei der Gestaltung von Know-how-Verträgen all den Vereinbarungen eine besondere Aufmerksamkeit widmen muß, welche den Know-how-Schutz zum Gegenstand haben.¹

Im Ergebnis kann daher allein im Rahmen vertraglicher Absprachen ein wirksamer Know-how-Schutz - insbesondere für nicht-geheimes Know-how - erzielt werden.²

1) Vgl. MOUSSERON, op.cit., Turin 1970, Nr. 5 a.E.

2) Vgl. GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q. 19; dort wird die Erkenntnis, daß der beste Know-how-Schutz der Selbst-Schutz sei, einprägsam wiedergegeben. Ebenso bei MOUSSERON, a.a.O. Vgl. ferner de CROY, op.cit., S. 53: "As such, know-how enjoys no specific protection other than by contract."

B. Der Know-how-Vertrag

In Konkretisierung der bisherigen Untersuchungen soll sich dieser zweite Abschnitt mit dem Know-how-Vertrag als solchem befassen. Am Anfang soll eine kurze Definition des Know-how-Vertrages die notwendige begriffliche Klarheit vermitteln. Sodann wird an Hand der wesentlichen Unterscheidungsmerkmale eine Darstellung der verschiedenen Erscheinungsformen der Know-how-Vergabe sowie eine Abgrenzung gegenüber ähnlichen Verträgen in der Praxis erfolgen. Ein so gewonnener Überblick über die Rechtstatsachenseite erlaubt es schließlich, den Know-how-Vertrag auch rechtlich zu qualifizieren.

Der vorliegende Abschnitt ist durch eine auffällige Parallelität der behandelten Probleme in allen drei Ländern gekennzeichnet. Der Grund dafür mag darin liegen, daß der Know-how-Vertrag im amerikanischen Recht entwickelt worden ist und erst in der Folgezeit in Europa übernommen wurde.¹ Entscheidend dürfte jedoch sein, daß die Know-how-Praxis hier wie dort denselben wirtschaftlichen Gegebenheiten und Bedürfnissen ausgesetzt ist, ohne sich gleichzeitig auf eine entsprechende gesetzliche oder sonstwie gefestigte, rechtliche Regelung dieser Materie stützen zu können.

I. Der Begriff des Know-how-Vertrages

Der Know-how-Vertrag ist gesetzlich nicht definiert; auch sonst besteht ebenso wie beim Know-how keine Einigkeit über eine allgemeingültige Begriffsbestimmung. Hin-

1) So NIRK, Montpellier 1973, S. 60.

zukommt, daß die Erscheinungsformen der vertraglichen Know-how-Vergabe äußerst vielgestaltig sind und ihre Abgrenzung untereinander Schwierigkeiten bereitet.¹

Eine Begriffsbestimmung ist auch hier nicht entbehrlich, besonders wenn man die steigende Zahl spezialgesetzlicher Tatbestände, welche den Know-how-Vertrag betreffen, vor allem auf steuerrechtlichem Gebiet,² berücksichtigt.

Im folgenden soll unter einem Know-how-Vertrag jede vertragliche Übertragung oder Überlassung von Know-how an Dritte zur selbständigen Nutzung verstanden werden. Eine Know-how-Übertragung ist dabei durch den vollständigen Übergang des Know-how auf den Know-how-Nehmer bei ausschließlicher Nutzung durch letzteren gekennzeichnet, während bei einer bloßen Überlassung der Know-how-Geber zur selbständigen Verwertung seiner Kenntnisse grundsätzlich weiter befugt bleibt; als gemeinsamer Oberbegriff für die Know-how-Übertragung und -Überlassung soll der Begriff der Know-how-Vergabe verwendet werden.

-
- 1) Die einzige Stellungnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung findet sich in dem Urteil des deutschen Bundesfinanzhofs v. 16.12.1970: vgl. zum Inhalt dieser Entscheidung oben, S. 24 f. In der deutschen Literatur finden sich Definitionsversuche bei SKAUPY, GRUR 1964, S. 541, und PFAFF, BB 1974, S. 565. In Frankreich fehlt eine ausdrückliche Definition; MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 483 ff. differenziert z.B. nur nach den verschiedenen Vertragsarten. In Belgien ist eine Begriffsbestimmung bei DEMIN, op.cit., S. 17, nachzulesen. Alle diese Definitionen weichen inhaltlich zum Teil erheblich voneinander ab, was regelmäßig auf die unterschiedlichen Know-how-Begriffe zurückzuführen ist, die von diesen Autoren zugrundegelegt werden.
 - 2) Bislang haben sich die nationalen Gesetzgeber allenfalls damit begnügt, den Tatbestand des Know-how-Vertrages zu umschreiben, ohne ihn selbst zu definieren. Vgl. dazu die oben, S. 21, Fußn. 2, angegebenen Literaturhinweise.

An dieser Stelle erscheint noch eine kurze Bemerkung zur Terminologie angebracht. Nicht selten wird, vor allen Dingen in der Wirtschaftspraxis, der Begriff "Know-how-Lizenz" verwendet, oder der Know-how-Vertrag als "Lizenzvertrag" bezeichnet.¹ Diese Bezeichnungen sind irreführend. Von einer "Lizenz" kann nämlich nach der im juristischen Sprachgebrauch gültigen Terminologie nur in den Fällen der vertraglichen Einräumung einer Befugnis in Bezug auf ein Ausschließlichkeitsrecht gesprochen werden.² Das Know-how ist aber - wie oben³ bereits gezeigt wurde - gerade kein absolutes Recht, so daß der Begriff der Lizenz im Zusammenhang mit der Know-how-Vergabe vermieden werden sollte.⁴

II. Erscheinungsformen der Know-how-Vergabe und ihre Abgrenzung gegenüber ähnlichen Verträgen

Ein Grund, daß heute so zahlreiche und vielfältige Verträge über die Vergabe von ungeschütztem, gewerblichen Wissen geschlossen werden, liegt in der Übertragbarkeit des Know-how.⁵ Die Garantie für die freie Übertragbar-

1) So z.B. bei NIRK, Montpellier 1973, S. 59; ferner bei GERICKE, Finanzrundschau 1963, S. 330, 332.

2) Das Wort "Lizenz" kommt aus dem Lateinischen, wo das Verbum "licere" in der 3. Person "licet" so viel wie "es ist erlaubt" heißt.

3) Vgl. S. 33 ff.

4) MAGNIN, op. cit., 1974, Nr. 510, tritt demgegenüber dafür ein, angesichts des schon gefestigten Sprachgebrauchs den bestehenden sachlichen Unterschied zwischen Patent- und Know-how-Lizenz zu verdeutlichen.

5) Vgl. MAGNIN, op. cit., 1974, Nr. 483: "... l'essence même du know-how est d'être transmissible ..."

keit des Know-how ist in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung in dem geltenden Grundsatz der freien Verfügungsmöglichkeit über das Vermögen im allgemeinen sowie technische und kommerzielle Kenntnisse im besonderen begründet.¹ Der das Vertragsrecht beherrschende Grundsatz der Privatautonomie führte somit entsprechend den praktischen Bedürfnissen und dem Einfallsreichtum der Vertragspartner zu einer solchen Vielfalt vertraglicher Gestaltungsformen.

Die dem Abschluß von Know-how-Verträgen zugrundeliegende wirtschaftliche Interessenlage ist ebenso vielfältig.

Bei der wirtschaftlichen Nutzung von Know-how gilt es zwischen einer Eigennutzung und einer Fremdnutzung zu unterscheiden. Während im ersten Fall der Know-how-Inhaber seine Kenntnisse in seinem eigenen Unternehmen mit dem Ziel einsetzt und verwertet, den Wettbewerbsvorteil, den er auf Grund seines Spezialwissens erlangt hat, optimal auszunutzen und gegenüber seinen Konkurrenten-

1) Dieser Grundsatz gilt natürlich nicht schrankenlos. So wird z.B. in Art. 12 Abs. 3 Satz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft v. 25.3.1957 die Kommission bei der Erteilung von Lizenzen an Patenten usw. ausdrücklich verpflichtet, den Lizenznehmern "alle zur Nutzung der Lizenzen erforderlichen Kenntnisse zur Verfügung" zu stellen, womit gerade auch das Know-how gemeint ist, vgl. MAASS, op.cit., S. 102 Fußn. (40). Ob Entsprechendes auch für andere Patentlizenzen gilt, ist umstritten. Während z.B. MAASS, a.a.O., diese Frage bejaht, und BEIER, GRUR 1972, S. 214, der Ansicht ist, die Nichtüberlassung des erforderlichen Know-how könne eine ungerechtfertigte Weigerung des Patentinhabers darstellen, hat TETZNER, GRUR 1973, S. 62 u. 63, die Frage, ob im Zwangslizenzverfahren gem. § 15 PatG auch die Mitteilung des zur wirtschaftlich sinnvollen Verwertung des Patents erforderlichen Know-how verlangt werden könne, ausdrücklich verneint. In Belgien dagegen sieht ein Gesetz aus dem Jahre 1955 in bestimmten Fällen eine zwangsweise Mitteilung von Fabrikgeheimnissen vor, vgl. Artikel 2 und 3 der "loi belge du 10 janvier 1955 relative aux inventions intéressant la defense de l'Etat."

ten zu verteidigen, stehen sich bei einer Know-how-Vergabe an Dritte auf beiden Seiten des Austauschverhältnisses entgegengesetzte Interessen gegenüber. Im Rahmen dieser Arbeit interessieren nur die Verhältnisse bei einer Fremdnutzung von Know-how; dabei ist bezüglich der mit einer Know-how-Vergabe verfolgten wirtschaftlichen Interessen zwischen dem Inhaber des Know-how, dem Know-how-Geber, und dem Erwerber, dem Know-how-Nehmer, zu unterscheiden.

Der Know-how-Geber verfolgt in aller Regel mit der entgeltlichen Übertragung oder Überlassung seiner Kenntnisse an Dritte eines oder mehrere der folgenden Ziele:

1. Eine Überwälzung der zur Gewinnung des Know-how aufgewendeten Kosten auf Dritte sowie eine für ihn möglichst gewinnbringende Vermarktung dieser Kenntnisse außerhalb der ihm selbst zur Verfügung stehenden Anwendungsmöglichkeiten.
2. Eine gewerbliche Nutzung des Know-how durch Dritte mangels eigener Verwertungsmöglichkeiten, z.B. infolge unzureichender Eigenkapazitäten.
3. Weitere Beweggründe können die Rationalisierung durch Auslagerung von einzelnen Produktionsbereichen sowie die Gewinnung neuer Märkte in sonst und auf andere Weise schwer zugänglichen Bereichen sein.¹

Beim Know-how-Nehmer sind demgegenüber regelmäßig folgende Motive für einen Know-how-Erwerb bestimmend:

1. Der Kostenfaktor, der sich aus der Einsparung von Zeit und Geld für eigene Forschungs- und Entwick-

1) Eine Zusammenstellung der für die Know-how-Vergabe maßgeblichen Gründe findet sich bei BECKER, op.cit., S. 202, Rdnr. 295; ferner bei PFAFF, BB 1974, S. 566, der vor allem auch den zuletzt genannten Aspekt betont.

lungsarbeiten zusammensetzt.¹ Dabei gilt es jene beiden Fallgruppen zu unterscheiden, in denen sich erstens der Know-how-Erwerb für den Know-how-Nehmer als eine reine Rationalisierungsmaßnahme im Sinne einer außerbetrieblichen Arbeitsteilung darstellt, zweitens der Know-how-Nehmer selbst faktisch nicht in der Lage ist, das Know-how eigenmächtig zu entwickeln.

2. Die Erlangung eines Wettbewerbsvorteils gegenüber anderen Mitbewerbern; denn so, wie das Know-how dem Know-how-Geber einen bestimmten Wettbewerbsvorsprung verschafft, verleiht es diesen auch dem Know-how-Nehmer.

Aus der Sicht des Know-how-Nehmers gilt es ferner zwei Ebenen zu unterscheiden, auf denen sich der Know-how-Transfer vollzieht. Dies ist gleichzeitig eine bedeutsame wirtschaftspolitische Frage:

Die eine Ebene ist jene, bei der die Know-how-Vergabe zwischen Vertragspartnern gleicher wirtschaftlicher Entwicklungsstufe oder einer solchen mit nur geringer Abweichung stattfindet. Das trifft in den meisten Fällen für das Verhältnis zwischen Unternehmen in sog. Industriestaaten zu. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß sich im Verhältnis hochentwickelter Unternehmen auf bestimmten Sektoren, wie z.B. der Elektronik, der Flug- und Raumtechnik, der Chemie, ein Know-how-Transfer häufig nur noch als echter Know-how-Austausch verwirklichen läßt. Das bedeutet, daß der Know-how-Geber seine gewerblichen Kenntnisse nur noch gegen den Empfang von entsprechendem Know-how oder Schutzrechtslizenzen mitzuteilen bereit ist, und nicht nur gegen ein bloßes Entgelt. Der Grund für dieses Verhalten ist die

1) Vgl. dazu die Ausführungen zur Bedeutung des Know-how, oben, S. 11 ff.

Befürchtung, eine Know-how-Vergabe könnte die Wettbewerbsposition der anderen Vertragspartei einseitig stärken, eine Überlegung, die vor allem im grenzüberschreitenden Verkehr an Bedeutung gewinnt.¹

Die andere Ebene ist die, bei der sich der Know-how-Transfer zwischen Unternehmen verschiedener wirtschaftlicher Entwicklungsstufen vollzieht. Das kann zwischen Firmen ein- und desselben Landes der Fall sein. Regelmäßig trifft das aber auf das Verhältnis von Ländern unterschiedlicher wirtschaftlicher Entwicklungshöhe zu, wie z.B. im Verhältnis zwischen Unternehmen aus sog. Industriestaaten einerseits und Entwicklungsländern andererseits.²

1. Arten des Know-how-Vertrages

Einen bestimmten Typus des Know-how-Vertrages gibt es nicht. Eine Typisierung erscheint angesichts der Vielfalt der praktischen Gestaltungsmöglichkeiten der vertraglichen Know-how-Vergabe und ihrer ständigen Ent-

-
- 1) Vgl. dazu die Ausführungen bei MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 519, wo auch der für diese Art des Know-how-Austauschs gebräuchliche amerikanische Begriff des "cross-licensing" verwendet wird. Dieses Verhalten wird besonders durch die Konkurrenzsituation zwischen verschiedenen Ländern, wie sie z.B. zwischen amerikanischen und europäischen oder amerikanischen und japanischen Unternehmen besteht, gefördert.
 - 2) Vgl. insbesondere auch zur Bedeutung der Know-how-Vergabe im Rahmen des allgemeinen Technologietransfers zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern: United Nations Industrial Development Organization, Vienna, Guidelines for the Acquisition of Foreign Technology in Developing Countries, U.N. Publication, I D/98, 1973; ferner MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 485 - 492.

wicklung auch nicht sinnvoll. Ein gewisser praktischer Wert einer Systematisierung der Rechtstatsachen kann dagegen nicht geleugnet werden, denn trotz der starken Einzelfallbezogenheit des Know-how-Vertrages ermöglicht die Bildung bestimmter Fallgruppen eine bessere Unterscheidung spezifischer Erscheinungsformen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.

Erste Systematisierungsversuche finden sich bei BÖHME¹, MAGNIN² und vereinzelt auch bei STUMPF.³ Der Versuch einer Einteilung soll sich im folgenden auf die Unterschiede (a) der Stellung der Know-how-Vergabe innerhalb des jeweiligen Vertragsrahmens, (b) des Umfangs der eingeräumten Befugnisse, (c) der Dauer der Vergabe und (d) bestimmter inhaltlicher Beschränkungen stützen. Einige weniger gebräuchliche Formen werden unter (e) zusammengefaßt.

Die folgenden Ausführungen beruhen auf einer Rechtstatsachenkenntnis, die der Verfasser aus den zahlreichen veröffentlichten Know-how-Vertragsmustern, aber auch aus Verträgen gewinnen konnte, in die er dank der bereitwilligen Unterstützung von Seiten einiger Unternehmen und der Anwaltschaft Einblick erhielt.

1) Op.cit., S. 30 ff.

2) Op.cit., 1974, Nr. 494 - 520; bei MAGNIN, a.a.O., ist ferner auch reichliches, statistisches Material über den Anteil an Know-how-Verträgen an der Gesamtzahl aller auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes geschlossenen Verträge, die Stellung der Know-how-Vergabe im Rahmen von Schutzrechtslizenzen (nach verschiedenen Branchen gegliedert) sowie ihren Anteil am Gebührenaufkommen nachzulesen.

3) Op.cit.; so z.B. die Unterscheidung zwischen einfacher und ausschließlicher Know-how-Vergabe, Rdnr. 71 ff. und 81 ff.

a. Differenzierung nach der Stellung der Know-how-Vergabe innerhalb des Vertragsrahmens

Diese Unterscheidung nach der Stellung der Know-how-Vergabe innerhalb des Vertragsrahmens wird gemeinhin auch mit dem Begriffspaar: reine und gemischte Know-how-Verträge umschrieben.¹ Bei einem reinen Know-how-Vertrag ist das Know-how alleiniger Gegenstand der Vereinbarung, während es in den anderen Fällen nur einen Nebenbestandteil des Vertrages darstellt.

Reine Know-how-Verträge (contrats de know-how purs) sind in der Praxis keine Seltenheit. Die zahlreichen Vertragsmuster, welche die reine Know-how-Vergabe betreffen, sind ein deutlicher Beweis dafür.² Nicht selten wird aber auch ein einheitlicher, wirtschaftlicher Tatbestand, wie z.B. eine mit einer Patentlizenz verbundene Know-how-Überlassung, aus technischen oder redaktionellen Gründen in seine Bestandteile zerlegt. Obwohl die Know-how-Überlassung in diesen Fällen wirtschaftlich gesehen in einen größeren vertraglichen Rahmen eingebunden ist, handelt es sich gleichwohl bezüglich der Know-how-Vergabe formell um einen reinen Know-how-Vertrag.³

1) Vgl. GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q 27, 38; MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 511 f.

2) Vgl. VDMA, Know-Vertrag; ORGALIME, Muster für einen Know-how-Vertrag (in mehreren Sprachen, u.a. deutsch und französisch); Musterverträge in den "Annexes", Nouvelles techniques contractuelles, Montpellier, 1970, S. 44 ff.; MAGNIN, op.cit., 1974, S. 400 ff.

3) Vgl. das Vertragsmuster für einen Know-how-Vertrag bei GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. U 33; dort wird im Know-how-Vertrag selbst auf einen parallel abgeschlossenen Lizenzvertrag Bezug genommen. Auch hier handelt es sich äußerlich um zwei selbständige Verträge, einen reinen Know-how- und einen Lizenzvertrag. Vgl. dazu auch unten, S. 101.

Gemischte Know-how-Verträge (contrats de know-how mixtes ou combinés) sind die in der Praxis vorherrschende Form der Know-how-Vergabe.¹ Kennzeichnend für diese Art des Know-how-Vertrages ist, daß zur Know-how-Vergabe noch ein weiteres Vertragselement hinzutritt. Der häufigste Fall ist eine Kombination mit Schutzrechtslizenzen (Patente, Gebrauchsmuster oder Warenzeichen). Der Grund dafür liegt einmal darin, daß eine wirtschaftlich sinnvolle Verwertung gewerblicher Schutzrechte meistens ohne das erforderliche Know-how nicht mehr möglich ist. In anderen Fällen dient der Bestand einzelner, akzessorischer Schutzrechte für einen bestimmten, abtrennbaren Teil eines Know-how dazu, die Stellung des Know-how-Inhabers zusätzlich zu stärken. Gemischte Know-how-Verträge können sich häufig auch aus kaufrechtlichen Bestandteilen zusammensetzen, was nicht nur dann der Fall ist, wenn Kaufgegenstand ein bestimmtes Schutzrecht ist, sondern auch, wenn sich der Know-how-Geber z.B. dazu verpflichtet, gewisse, zur Verwertung des Know-how erforderliche Materialien zu liefern.

Folgende zwei Fallgruppen sind hinsichtlich der Stellung der Know-how-Vergabe innerhalb eines gemischten Know-how-Vertrages zu unterscheiden:

aa) Das Know-how ist nur ergänzender Bestandteil einer Schutzrechtslizenz. Hierbei handelt es sich um die ursprüngliche und gleichzeitig gebräuchlichste Form der Know-how-Vergabe. Zwei Beispiele sollen das verdeutlichen.

1. Ein Patent beschreibt mehrere Verfahren zur Herstellung eines bestimmten Produktes, möglicherweise zu sehr unterschiedlichen Herstellungskosten. Eine Ana-

1) Die bei SCHUMACHER, op.cit., S. 46 f. und MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 513, veröffentlichten Zahlenbeispiele bestätigen das; im gleichen Sinne STUMPF, op.cit., Rdnr. 1.

lyse des Produktes erlaubt es jedoch nicht, festzustellen, welches Verfahren zur Herstellung verwendet worden ist. Das beste und wirtschaftlichste Verfahren zu kennen, stellt dann ein zu einer sinnvollen Verwertung des Patents erforderliches Know-how dar.¹

2. Zahlreich sind die Fälle, in denen eine Warenzeichenlizenz, welche sich auf ein bestimmtes Produkt bezieht, ohne gleichzeitige Vermittlung des zur Herstellung des betreffenden Produktes erforderlichen Know-how nicht vergeben werden kann, so z.B. im Bereich der Kosmetik, wo es darauf ankommt, ganz bestimmte und im allgemeinen sehr hochstehende Qualitätsstandards einzuhalten. Die fraglichen Rezepte und Verfahrensgeheimnisse stellen das zur Benutzung des Warenzeichens notwendige Know-how dar.²

bb) Nicht selten sind aber auch die Fälle, in denen das Know-how wesentlicher Vertragsgegenstand ist und das Schutzrecht lediglich einen ergänzenden Bestandteil darstellt. So verhält es sich beispielsweise bei sehr komplexen Verfahrenstechniken, bei denen nur einzelne, sekundäre Elemente unter Sonderrechtsschutz stehen, während es sich im übrigen um ungeschützte Spezialkenntnisse handelt.

b) Differenzierung nach dem Umfang der eingeräumten Befugnisse

aa) Hierher gehört zunächst die Unterscheidung zwischen der Know-how-Übertragung und der Know-how-Überlassung. Eine Know-how-Übertragung liegt dann vor,

1) Vgl. zu dieser Fallgestaltung REICH/LINDSTAEDT, Patentreizenzverträge, op.cit., Art. 2; VDMA, Lizenzvertrag, Art. 8.

2) Vgl. PLAISANT/SAYN, op.cit., Nr. 25

wenn der Know-how-Inhaber seine Kenntnisse dem Know-how-Nehmer mit der Maßgabe überträgt, die eigenen Kenntnisse in Zukunft weder Dritten mitzuteilen noch selbst zu benutzen. Behält der Know-how-Geber sich diese Rechte dagegen vor, was in der Mehrzahl der Fälle zutrifft, so spricht man lediglich von einer Know-how-Überlassung.

In der Praxis, aber auch in der Literatur, wird diese Unterscheidung oft mit der Situation bei den gewerblichen Schutzrechten verglichen; dort wird nämlich auch zwischen einer Vollabtretung (cession) und einer bloßen Lizenz (licence) unterschieden.¹ Bei einem solchen Vergleich muß allerdings beachtet werden, daß es am Know-how bekanntlich kein absolutes Recht gibt und es somit juristisch strenggenommen verfehlt wäre, im Zusammenhang mit der Know-how-Vergabe begrifflich von einer Abtretung oder von einer Lizenz zu sprechen. Ähnliche Bedenken bestehen auch bei dem Gebrauch des Wortes "Übertragung", da hier, rein begrifflich, eine vollständige Zuordnungsänderung eines bestimmten Gegenstandes gemeint ist. Wie bereits gezeigt wurde, fehlt es beim Know-how wegen seiner geistigen und unkörperlichen Beschaffenheit aber an einer ausschließlichen Zuordnungs- und Übertragungsmöglichkeit. Verpflichtet sich andererseits der Know-how-Geber vertraglich, das Know-how selbst nicht zu verwenden und auch Dritten nicht mitzuteilen, so erhält der Know-how-Erwerber eine Position, die ihm rechtlich zwar keine absolute Stellung verleiht, dieser aber faktisch sehr nahe kommt. Beim Gebrauch des Begriffes "Übertragung" kommt es im Zusammenhang mit dem Know-how wesentlich darauf an, daß man sich über seinen be-

1) Vgl. MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 495; DURAND, J.C.P., 1967, Nr. 2078, Nr. 12 - 33.

sonderen Inhalt und seine Bedeutung im klaren ist.¹ So gesehen erscheint der Standpunkt von MAGNIN² zwar pragmatisch, aber auch vertretbar, wenn er sagt,³ daß gegen eine Verwendung der Begriffe "cession" und "licence" zur Bezeichnung von Know-how-Verträgen nichts einzuwenden sei, solange man sich über ihre besondere Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang bewußt sei. Im Französischen wird in der Tat überwiegend von "cession" oder "licence de know-how" gesprochen. Entsprechend der bei gewerblichen Schutzrechten gebräuchlichen Terminologie werden die Parteien eines Know-how-Vertrages in Frankreich daher auch häufig mit "concédant" und "concessionnaire" bezeichnet.⁴

bb) Hinsichtlich des Umfanges der eingeräumten Befugnisse wird bei der Überlassung ferner zwischen einer sog. einfachen und ausschließlichen Know-how-Vergabe unterschieden.

Bei der einfachen Know-how-Vergabe (licence simple) er-

1) Die bei DELEUZE/LEVY-MORELLE, op.cit., S. 175, verwendeten Begriffe "vente" und "autorisation d'exploitation" sind wohl auch eher als Abgrenzung zu der bei gewerblichen Schutzrechten gebräuchlichen Terminologie von "cession" und "licence" zu verstehen, denn als technische Begriffe.

2) Op.cit., 1974, Nr. 510.

3) Unter Berufung auf einen Ausspruch des Philosophen PASCAL: "Les définitions sont libres", MAGNIN, a.a.O.

4) Vgl. Leitfaden der ORGALIME, französische Fassung. Bei MAGNIN, op.cit., 1974, S. 400, werden dagegen die Vertragsparteien mit "fournisseur" und "bénéficiaire" betitelt; oft verwendet werden aber auch die Bezeichnungen "donneur" und "preneur", was wörtlich den im Deutschen gebräuchlichen Bezeichnungen Know-how-Geber und Know-how-Nehmer entspricht.

hält der Know-how-Nehmer eine schlichte Benutzungsmöglichkeit. Neben ihm ist der Know-how-Geber grundsätzlich weiter zur Verwendung des Know-how befugt, insbesondere bleibt er berechtigt, beliebig viele weitere Verträge über das Know-how mit Dritten abzuschließen.¹

Bei der ausschließlichen Know-how-Vergabe (*licence exclusive*) erhält der Know-how-Nehmer vom Know-how-Geber demgegenüber das vertraglich eingeräumte Recht, das Know-how exklusiv zu benutzen. Umstritten ist, ob dafür bereits ausreicht, daß für den Know-how-Geber vertraglich das Recht ausgeschlossen wurde, das Know-how an Dritte zu vergeben² oder ob darüber hinaus dem Know-how-Geber auch die eigene Weiterbenutzung verboten sein muß.³ Da begrifflich die Terminologie nicht eindeutig ist, wird man eine ausschließliche Know-how-Vergabe sowohl dann bejahen müssen, wenn der Know-how-Geber das Know-how selbst noch benutzen, aber keine weiteren Know-how-Verträge mit Dritten abschließen darf, als auch dann, wenn der Know-how-Geber das Know-how nicht einmal mehr selbst benutzen darf. Ein kurzer Vergleich mit dem Lizenzvertragswesen bestätigt diese Ansicht. Denn auch dort ist für eine ausschließliche Patentlizenz das Verbot der eigenen Benutzung der dem Patent zugrundeliegenden Erfindung nicht begriffsnotwendig; allerdings soll dafür grundsätzlich eine Vermutung bestehen.⁴ Ob eine solche Vermutung auch für den Know-how-Vertrag bestehen soll, ist dagegen nicht geklärt.

Entscheidend wird es auf den Einzelfall ankommen. Um Zweifeln bei der Vertragsauslegung rechtzeitig vorzu-

1) Vgl. STUMPF, Rdnr. 81 ff.

2) Offengelassen bei STUMPF, op.cit., Rdnr. 83.

3) In diesem Sinn STUMPF, op.cit., Rdnr. 176. Das Problem kann hier freilich nur angedeutet werden. In Frankreich und Belgien ist das Problem noch nicht behandelt worden.

4) Vgl. KNOPPE, op.cit., S. 13.

beugen, empfiehlt es sich, bei der Abfassung des Vertragstextes den Umfang der Befugnisse auch im Hinblick darauf genau festzulegen.

Abschließend sei kurz noch auf folgenden Unterschied hingewiesen: Die ausschließliche Know-how-Vergabe mit Verwendungs- und Verbreitungsverbot darf nicht mit der Know-how-Übertragung verwechselt werden. Während eine exklusive Know-how-Vergabe regelmäßig zeitlich begrenzt ist, wird eine Know-how-Übertragung stets unbefristet abgeschlossen.

c) Differenzierung nach der Dauer des Vertrages

Je nach Dauer der Know-how-Vergabe ist zwischen befristeten und unbefristeten Know-how-Verträgen zu unterscheiden.

Der Abschluß von befristeten Know-how-Verträgen ist noch immer die Regel,¹ obwohl das Wissen als solches nicht rückübertragbar ist, und eine Pflicht, zu vergessen, praktisch nicht durchgesetzt werden kann.

Daher ziehen Know-how-Geber heute häufig den Abschluß von unbefristeten Verträgen vor, die einer Art Veräußerung des Know-how gleichkommen. Ein solcher unbefristeter Vertrag darf nicht mit einer ausschließlichen Know-how-Vergabe verwechselt werden. Während nämlich ein unbefristeter Know-how-Vertrag eine Know-how-Vergabe an weitere Personen regelmäßig nicht ausschließt, bezweckt die ausschließliche Know-how-Vergabe gerade, eine derartige Weitergabe zu verhindern.²

1) Vgl. Beispiele für befristete Know-how-Verträge bei VDMA, Know-how-Vertrag, Art. 22, und MAGNIN, op.cit., 1974, S. 400, Fußn. (1), und S. 401, Art. 21.

2) Dieser Unterschied kommt bei MAGNIN, op.cit., 1974,

d) Differenzierung hinsichtlich inhaltlicher Beschränkungen in Bezug auf die eingeräumten Befugnisse

Eine Abspaltungsmöglichkeit einzelner rechtlicher Befugnisse - wie sie bei den gewerblichen Schutzrechten besteht - gibt es beim Know-how wegen seiner besonderen Rechtsnatur im strengen Sinne nicht. Dennoch werden regelmäßig vergleichbare inhaltliche Beschränkungen bezüglich der Benutzung und Verbreitung des Know-how vertraglich vereinbart. Am häufigsten sind Beschränkungen hinsichtlich des sachlichen, örtlichen und persönlichen Anwendungsbereichs, wenngleich die Durchsetzung derartiger vertraglicher Verhaltens- oder Unterlassungspflichten große praktische Schwierigkeiten aufwirft.¹

e) Weitere Differenzierungsmerkmale

aa) Ähnlich wie bei den gewerblichen Schutzrechten ist auch beim Know-how die Vergabe von Unter-Know-how-Verträgen theoretisch möglich. Praktisch spielt die Untervergabe von Know-how jedoch kaum eine Rolle. Wenn schon angesichts der Beschaffenheit des Know-how ein zweiseitiges Vertragsverhältnis schwer unter Kontrolle zu halten ist, so ist das bei einem Kettenvertragsverhältnis nahezu unmöglich.

bb) Zu unterscheiden vom klassischen Fall des Know-how-Vertrages, der die Know-how-Vergabe gegen die Leistung

Nr. 495, nicht deutlich genug zum Ausdruck, wenn er Dauer des Vertrages und Umfang der Benutzung begrifflich nicht klar auseinanderhält.

1) Hinzukommt, daß diese Vereinbarungen oft an die Grenzen wettbewerbskonformen Verhaltens stoßen und aus kartellrechtlicher Sicht schwierige Probleme aufwerfen. Für eine Behandlung kartellrechtlicher Fragen ist hier jedoch kein Raum, vgl. oben, S. 9.

eines bestimmten Entgelts betrifft, ist der Fall, daß auf beiden Seiten des Vertragsverhältnisses Know-how gegen Know-how geleistet wird, also ein regelrechter Know-how-Austausch stattfindet. Im Gegensatz zur einseitigen Know-how-Vergabe wird diese Art des Know-how-Austauschs als gegenseitiger Know-how-Vertrag bezeichnet.¹ Im französischen Sprachgebrauch wird dagegen der amerikanische Begriff des "cross-licensing" verwendet.² Vom gegenseitigen Know-how-Vertrag zu unterscheiden ist die in einem einseitigen Know-how-Vertrag häufig vereinbarte gegenseitige Nebenleistungspflicht, Verbesserungen auszutauschen.

2. Abgrenzung gegenüber ähnlichen Verträgen

Hauptmerkmal des Know-how-Vertrages ist die Übermittlung von Know-how durch den Know-how-Geber an den Know-how-Nehmer. Ein weiteres Kennzeichen ist die selbständige Anwendung und Nutzung der vermittelten Kenntnisse durch den Know-how-Nehmer.

In der Praxis gibt es neben dem Know-how-Vertrag allerdings noch eine ganze Reihe weiterer Vertragsarten, welche die Übermittlung bestimmter Kenntnisse zum Gegenstand haben, gleichwohl aber keine Know-how-Verträge in dem hier verstandenen Sinne sind. Diese Verträge gilt es im folgenden vom Know-how-Vertrag abzugrenzen.

1) Vgl. BÖHME, op.cit., S. 36.

2) Vgl. MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 519. Vgl. zu dieser Frage auch oben, S. 70.

a) Technischer Hilfsvertrag

Der technische Hilfsvertrag (contrat d'assistance technique) ist auf die Vermittlung allgemeinen, jedermann frei zugänglichen, technischen Fachwissens gerichtet.¹ Sein Zweck ist in erster Linie die technische Ausbildung des Auftraggebers. Beim Know-how-Vertrag ist dagegen die Anleitung und Ausbildung des Know-how-Nehmers nur ein Mittel zur Überlassung bestimmter Kenntnisse, die der Know-how-Nehmer im übrigen aber selbständig anzuwenden hat.

Die Übermittlungsmodalitäten sind für das Wesen des Know-how-Vertrages nicht bestimmend, da die Know-how-Vergabe auf vielfältigste Weise geschehen kann. So kann sie durch die Überlassung bestimmter Muster oder Materialteile, die Übergabe schriftlicher Aufzeichnungen, Unterlagen, Photographien etc., sowie mündliche Information erfolgen.² Darüberhinaus werden häufig Fachkräfte des Know-how-Gebers in den Betrieb des Know-how-Nehmers entsandt, um dort den Know-how-Nehmer oder dessen Betriebsangehörige bei der Anwendung der übermittelten Kenntnisse persönlich anzuleiten und zu beraten.³ Es kommt aber auch vor, daß das Personal des Know-how-Nehmers im Betrieb des Know-how-Gebers mit der Anwendung des Know-how vertraut gemacht wird.⁴ Bisweilen erfolgt die Know-how-Vergabe auch an eigens zu diesem Zweck eingerichteten Schulungsorten des Know-how-Gebers.⁵ So

1) Vgl. BÖHME, op.cit., S. 23; MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 14.

2) Vgl. VDMA, Know-how-Vertrag, Art. 3; MAGNIN, op.cit., 1974, S. 402, Art. 5.

3) Vgl. VDMA, Know-how-Vertrag, Art. 4; MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 35, Klausel 5; ORGALIME, Know-how-Vertrag, 1970, S. 17 ff., Nr. 20, 21.

4) Vgl. VDMA, a.a.O., Art. 5; ORGALIME, a.a.O., Nr. 22.

5) Vgl. z.B. die "Hamburger-Universitäten" der Fa. Mc Donald's in den U.S.A.

kommt es, daß Know-how-Verträge zwar sehr oft auch Elemente eines technischen Hilfsvertrages anhalten, dennoch aber beide Vertragsarten grundsätzlich auseinanderzuhalten sind.¹

b) Engineering-Vertrag

Der Engineering-Vertrag hat die Planung und Errichtung von Industrieanlagen in technisch hochentwickelter Ausführung zum Gegenstand.² Die Leistung des Engineer besteht aus einer erfolgsbezogenen Tätigkeit. Demgegenüber schuldet der Know-how-Geber regelmäßig nur die Übertragung oder Überlassung bestimmter Kenntnisse, nicht aber einen wie auch immer gearteten Erfolg bei der Verwertung dieser Kenntnisse.

c) Forschungsauftrag

Im Fall eines Forschungsauftrags (contrat de commande de recherches particulières) ist Vertragsgegenstand die Beauftragung einer für diesen Zweck ausgewählten Per-

-
- 1) Folgender Vergleich mag den Unterschied verdeutlichen: Auch bei einem Kaufvertrag sind die Eigentums- und Besitzverschaffung an der Kaufsache Hauptleistungsinhalt, während es sich bei den Modalitäten der Übergabe, wie z.B. der Verpackung, Versendung, Aufstellung, Betriebsanleitung etc. nur um Nebenleistungen handelt, welche die Qualität des Rechtsgeschäftes als Kaufvertrag aber grundsätzlich unberührt lassen.
 - 2) Vgl. DALLOZ, Rép.dr.com., 2e éd., 1973, t. II, Stichwort: Engineering, Nr. 1. Vgl. zum Engineering-Vertrag auch die ausführliche Behandlung praktischer Aspekte dieser neuen Vertragsart in der Sammlung von Montpellier, op.cit., 1970, S. 79-134; dort ist auch ein vollständiges Vertragsmuster abgedruckt.

son, eines Unternehmens oder eines Instituts mit der Durchführung eines genau bestimmten Forschungszieles.¹

d) Regievertrag

Regieverträge² werden im Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaften geschlossen und haben die konzernübliche Beratung, Finanzierung, Überwachung und Verwaltung zum Gegenstand. Nach der Ansicht von BÖHME³ soll ein Know-how-Vertrag im Verhältnis zwischen Konzerngesellschaften immer dann vorliegen, wenn die Wissensvermittlung auch von einem selbständigen dritten Unternehmen erbracht werden könnte.⁴

e) Lizenzvertrag

Hinsichtlich der Abgrenzung zum Lizenzvertrag (contrat de licence) sei auf die obigen Ausführungen zum Begriff des Know-how-Vertrages verwiesen.⁵

1) Zur Rolle des Instituts Batelle, einem französischen gemeinnützigen Forschungsinstitut, das drei bedeutende Forschungszentren in Columbus (Ohio), Genf und Frankfurt/Main unterhält, vgl. DARGIER de SAINT VAULRY, op.cit., S. 170.

2) Vgl. BÖHME, op.cit., S. 24, und STUMPF, op.cit., Rdnr. 27.

3) A.a.O.

4) Im übrigen ist eine Abgrenzung zwischen Know-how- und Regievertrag schwierig, für die Erfassung von Gewinnverlagerungen zwischen Konzerngesellschaften aber praktisch sehr bedeutsam. Vgl. Rasch, Beratungskosten an ausländische Konzernmuttergesellschaften, BB 1963, S. 1094.

5) Vgl. oben, S. 65 ff.

f) Kooperationsvertrag

Kooperationsverträge (contrats de collaboration) werden zwischen zwei oder mehreren Unternehmen geschlossen und sind im Gegensatz zum Know-how-Vertrag sowie den vorstehend behandelten Verträgen auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes angelegt. Dieser Zweck könnte z.B. auch in der gemeinsamen Entwicklung und Verwertung von Know-how bestehen.

III. Die Rechtsnatur des Know-how-Vertrages

Nach der Darstellung der Know-how-Vergabe soll hier der Versuch einer rechtlichen Einordnung des Know-how-Vertrages in das Zivilrecht unternommen werden. Dabei wird sich die folgende Untersuchung auf die Behandlung des reinen Know-how-Vertrages¹ beschränken.

Weder das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, noch der französische oder belgische Code civil enthalten eine positive gesetzliche Regelung des Know-how-Vertrages, noch ist die Rechtsnatur (nature juridique) des Know-how-Vertrages ansonsten geklärt.

Die Meinungen zur Rechtsnatur des Know-how-Vertrages gehen weit auseinander. Höchstrichterliche Entscheidungen zu diesem Problem sind so gut wie nicht vorhanden.² Die

1) Vgl. oben, S. 73.

2) Die wenigen gerichtlichen Entscheidungen, die zur Rechtsnatur des Know-how-Vertrages ergangen sind, wie z.B. die beiden Urteile des BFH v. 17.2.1965 = BB 1965, S. 364, und v. 14.2.1973 = BB 1973, S. 555, stehen ausschließlich im Zusammenhang mit der Beantwortung steuerrechtlicher Fragen (in beiden entschiedenen Fällen ging es um die Auslegung

Literaturmeinungen sind zahlreich, aber uneinheitlich.

Einigkeit besteht in der Literatur insoweit, als der Know-how-Vertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, auf den die allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts, BGB oder Code civil, grundsätzlich Anwendung finden, sofern nicht besondere gesetzliche Regeln vorgehen.¹

Eine Subsumtion des Know-how-Vertrages unter die gesetzlich geregelten Vertragstypen des besonderen Schuldrechts ist schon oft versucht worden. Angesichts der Heterogenität der Know-how-Verträge ist eine solche Einordnung unter die gesetzlich besonders ausgestalteten Vertragsarten aber mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Ob, und gegebenenfalls in welchem Umfang ein Rückgriff auf diese Sondertatbestände möglich und zweckmäßig erscheint, soll im folgenden untersucht werden.

1. Versuche einer Einordnung unter gesetzlich geregelte Vertragstypen des Zivilrechts

a) Kaufvertrag (contrat de vente)

Die Frage einer Qualifizierung des Know-how-Vertrages als Kaufvertrag stellt sich nur bei der Know-how-Übertragung, da allein bei dieser Form der Know-how-Ver-

von § 8 Nr. 7 des Gewerbesteuergesetzes) und sind daher für die hier gestellte Frage nicht verwendbar. In Frankreich und Belgien haben sich die Gerichte zu dieser Frage bislang ausgesprochen. In Belgien vertreten zwei große Finanzbehörden für zwei verschiedene, in den jeweiligen Zuständigkeitsbereich einer Behörde fallende Steuergesetze zwei völlig unterschiedliche Rechtsauffassungen, wie bei DEMIN, op. cit., S. 31 ff., ausführlich nachgelesen werden kann.

1) So ausdrücklich STUMPF, op.cit., Rdnr. 35 ff.

gabe von den Parteien eine dem Kaufrecht vergleichbare Zuordnungsänderung des Know-how angestrebt wird.¹

Ein Kaufvertrag im Sinne von § 433 BGB beziehungsweise von Art. 1582 C.c. setzt grundsätzlich die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung an einer Sache oder einem Recht voraus. Darüberhinaus kann alles zum Gegenstand eines Kaufvertrages gemacht werden, was einen kommerziellen Tauschwert besitzt.² Trotz fehlender Eigentumsfähigkeit wäre das Know-how nach dieser Auffassung daher als grundsätzlich kauffähig anzusehen.

Für eine solche Auffassung würde generell auch das Interesse des Know-how-Gebers sprechen, die Know-how-Vergabe möglichst kaufähnlich auszugestalten. Durch die Vereinbarung eines festen Kaufpreises für das Know-how geht nämlich im Gegensatz zu einer befristeten Know-how-Überlassung³ das wirtschaftliche Risiko der Know-how-Verwertung mit Vertragsabschluß auf den Erwerber über, so daß der Know-how-Geber seinen Zahlungsanspruch ohne Rücksicht darauf behält, ob das Know-how später of-

1) Vgl. oben, S. 66.

2) Vgl. PALANDT-PUTZO, op.cit., § 433 Anm. 1 c; FERID, op.cit., Anm. 2 F 169, 175.

3) STUMPF, op.cit., Rdnr. 24, und BECKER, op.cit., Rdnr. 293, weisen allerdings zu Recht darauf hin, daß der typische Know-how-Vertrag ein Vertrag mit zeitlicher Begrenzung, d.h. auf bloße Überlassung gerichtet ist. Diese Auffassung wird durch die Aussage zahlreicher Praktiker bestätigt, wie sich der Verfasser persönlich überzeugen konnte. Der Hauptgrund dafür wird darin gesehen, daß der Know-how-Nehmer den wirklichen Wert und die tatsächlichen Verwendungsmöglichkeiten des Know-how vor Vertragsabschluß nur schwer abschätzen kann. Der Kauf eines Know-how käme somit in den meisten Fällen dem Kauf einer "Katze im Sack" gleich, ein Risiko, das der Know-how-Nehmer in aller Regel nicht auf sich nehmen wird.

fenkundig oder aus anderen Gründen für den Know-how-Nehmer wertlos wird.¹

Gleichwohl muß eine Anwendung kaufrechtlicher Vorschriften auf die Know-how-Übertragung im Grundsatz abgelehnt werden. Im Gegensatz zu einem Kaufvertrag ist ein Know-how-Vertrag nämlich immer auch als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet. Dies wird namentlich durch die auch nach der Know-how-Übertragung fortbestehenden Geheimhaltungsvereinbarungen und die Pflichten zum gegenseitigen Austausch von Verbesserungen deutlich. Außerdem paßt das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts mit seiner starren Haftungsfolge nicht auf die Interessenlage bei der Know-how-Vergabe.²

b) Miet-/Pachtvertrag (contrat de louage)

Ob auf einen Know-how-Vertrag, der eine Know-how-Überlassung zum Gegenstand hat, miet- oder pachtrechtliche Vorschriften anwendbar sind, ist umstritten.

Voraussetzung für einen Miet- oder Pachtvertrag gemäß den §§ 535, 581 BGB, Art. 1708, 1713 C.c. ist die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache (chose) oder eines Gegenstandes.

Während ein Teil der Literatur der Ansicht ist, das Know-how könne bereits mit Rücksicht auf seine besondere Rechtsnatur nicht zum Gegenstand eines Miet- oder Pacht-

1) Daher gehen die Interessen des Know-how-Nehmers regelmäßig dahin, die Know-how-Überlassung für einen möglichst langen Zeitraum gegen Bezahlung eines von dem Erfolg der wirtschaftlichen Verwertung abhängigen Zinses zu vereinbaren. Vgl. dazu die Ausführungen von TASSY in Montpellier, op.cit., 1970, S. 43.

2) So das Hauptargument von PFAFF, BB 1974, S. 568.

vertrages gemacht werden,¹ hält PFAFF das Pachtrecht als Rechtsgrundlage für den Know-how-Vertrag am besten geeignet.² Auch BÖHME³ und STUMPF⁴, die zwar eine unmittelbare Anwendung pachtrechtlicher Bestimmungen ablehnen, möchten einzelne Vorschriften der Pacht sinngemäß auf den befristeten Know-how-Vertrag anwenden.

Diese Ansicht ist jedoch nicht unbedenklich. So hält PFAFF selbst die Anwendung der in den §§ 581 Abs. 2 iVm 538 Abs. 1, 1. Alt. BGB vorgesehenen Garantiehaftung auf die Interessenlage bei der Know-how-Vergabe für problematisch.⁵ Auch wendet KNOPPE mit Recht ein, daß die Rückgabefähigkeit des Pachtgegenstandes gemäß den §§ 581 Abs. 2, 556 BGB ein Wesensmerkmal des Pachtvertrages sei, das bei der Know-how-Überlassung wegen der mangelnden Rückgabemöglichkeit des geistigen Know-how-Besitzes aber praktisch nicht erfüllt werden könne.

Ein Vergleich mit dem Lizenzvertrag mag in diesem Zusammenhang daran erinnern, daß eine willkürliche Anlehnung eines atypischen Vertrages an einen gesetzlichen Vertragstyp des besonderen Schuldrechts für die Praxis ohne großen Wert ist, da sie nur zusätzliche Rechtsunsicherheiten erzeugt anstatt sie zu beseitigen. Daher ist in Deutschland inzwischen auch die Rechtssprechung davon abgegangen, den Lizenzvertrag als Pacht-

1) Vgl. KNOPPE, op.cit., S. 26 und MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 523. Dagegen bezeichnet DEMIN, op.cit., S. 20, 23, den Know-how-Vertrag als Mietvertrag (concession d'un bien mobilier) mit der Begründung, beim Know-how handele es sich um ein "droit incorporel". Dieser Begründung kann nach dem bisher Gesagten jedoch keinesfalls gefolgt werden.

2) Vgl. PFAFF, BB 1974, S. 568, 569.

3) Op.cit., S. 35.

4) Op.cit., Rdnr. 30.

5) A.a.O.

oder pachtähnlichen Vertrag zu qualifizieren und behandelt ihn als Vertrag eigener Art, da er nach seinem besonderen wirtschaftlichen Inhalt sehr mannigfaltig sein und auch rechtlich eine gemischte Natur aufweisen könne.¹

c) Dienstvertrag (louage de service)

Ein Dienstvertrag im Sinne von § 611 BGB, Art. 1779 C.c. ist auf die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung gerichtet. Diese Voraussetzung trifft auf einen Know-how-Vertrag, der entweder die Übertragung oder die Überlassung bestimmter Kenntnisse zum Gegenstand hat, grundsätzlich nicht zu.² Zwar vollzieht sich die Übermittlung des Know-how häufig durch die Inanspruchnahme von Dienstleistungen auf Seiten des Know-how-Gebers, wie z.B. die Beratung oder die Anleitung des Know-how-Nehmers; aber insoweit handelt es sich nur um eine unselbstständige Nebenleistung der Know-how-Vergabe.³ Für diese Auffassung spricht in erster Linie, daß das Entgelt in einem Know-how-Vertrag in erster Linie für die Übertragung oder Überlassung bestimmter Kenntnisse, nicht aber für persönliche Dienste geschuldet wird.

1) RG, Urt. v. 11.11.1933 = RGZ 142, 212, 213; vgl. auch LINDENMAIER-WEISS, op.cit., § 9 PatG, Rdnr. 28, und KLAUER-MÖHRING, op.cit., Bd. I, § 9 PatG, Anm. 5 m.w.N.

2) Der Ansicht, es handele sich beim Know-how-Vertrag um einen Dienstvertrag, sind GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q 46. Auch PFISTER, op.cit., S. 28, 29, neigt offensichtlich dieser Auffassung zu, wenn er den Know-how-Vertrag in die Kategorie der Dienstleistungsverträge einreicht. MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 527, spricht sich zwar gegen die Anwendung von Dienstvertragsrecht aus; seine Begründung, es fehle an dem für einen Dienstvertrag typischen Abhängigkeitsverhältnis, kann indessen nicht überzeugen.

3) Vgl. oben, S. 82 f.

Diese Betrachtung ändert freilich nichts daran, daß ein Know-how-Vertrag regelmäßig einzelne dienstvertragsähnliche Elemente aufweist, auf die bestimmte Vorschriften des Dienstvertragsrechts wenigstens entsprechend angewendet werden können. Das gilt vor allem für die höchstpersönliche Natur des Know-how-Vertrages, wie sie sich in der Pflicht zur Mitteilung des Know-how und eventueller Verbesserungen äußert, aber auch für seinen Dauer-schuldcharakter.¹

Der Vorschlag von MOUSSERON, den Know-how-Vertrag als "contrat d'enseignement" zu qualifizieren,² muß in diesem Zusammenhang abgelehnt werden. Denn weder gibt es im französischen Zivilrecht einen solchen besonders geregelten Vertragstypus,³ noch besteht das Hauptmerkmal einer Know-how-Vergabe in einer Ausbildung des Know-how-Nehmers, wie bereits mehrfach ausgeführt worden ist.

d) Werkvertrag (contrat d'entreprise)

Bei einem Werkvertrag gemäß § 631 BGB, Art. 1779, 1710 C.c. schuldet der Unternehmer des Werkes einen bestimmten Erfolg. Der Know-how-Geber garantiert dagegen regelmäßig keinen derartigen Erfolg; seine Verpflichtung, dem Know-how-Nehmer bestimmte Kenntnisse zu vermitteln, ist nicht erfolgsbezogen.⁴

1) Vgl. dazu STUMPF, op.cit., Rdnr. 25 ff. und 170.

2) Vgl. MOUSSERON, Cah.dr.entr., 1972, Nr. 1, S. 14.

3) So der Einwand von MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 526, gegen die Auffassung von MOUSSERON.

4) Vgl. GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q 46; ferner MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 529, der betont, daß die Verpflichtung des Know-how-Gebers zur Übermittlung des Know-how regelmäßig nur eine "obligation de moyen", keinesfalls aber eine "obligation de résultat" darstelle.

e) Gesellschaftsvertrag (contrat de société)

Die Parteien eines Know-how-Vertrages verfolgen grundsätzlich einander entgegengesetzte, für das jeweilige Austauschverhältnis spezifische Interessen. Außer in den besonderen Fällen, in denen sich die Vertragsparteien zu einer Kooperation zusammenschließen,¹ fehlt es daher an der für einen Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB, Art. 1832 C.c.) typischen gemeinsamen Zweckverfolgung.

2. Anwendbare Bestimmungen

Da es nicht gelungen ist, den Know-how-Vertrag unter eines der gesetzlich besonders geregelten Vertragsinstitute zu subsumieren, liegt es nahe, den Know-how-Vertrag rechtlich als einen Vertrag sui generis zu bezeichnen.² Obwohl MAGNIN³ zuzugeben ist, daß mit dieser Bezeichnung noch nicht viel gewonnen ist, da das Gesetz einen Vertrag eigener Art nicht kennt, besagt die Qualifizierung des Know-how-Vertrages als Vertrag sui generis immerhin soviel, daß es sich um einen atypischen, gesetzlich nicht speziell geregelten Vertrag handelt.

Der Versuch einer starren Einordnung des Know-how-Vertrages unter die Vertragsinstitute des besonderen Schuldrechts würde der besonderen Natur der Know-how-Vergabe nicht gerecht werden; denn die Erscheinungs-

1) Siehe oben, S. 85.

2) Dies ist im Ergebnis die von der Mehrzahl der Autoren im Schrifttum vertretene Auffassung. Vgl. BÖHME, op. cit., S. 37; KNOPPE, op. cit., S. 27, m.w.N.; STUMPF, op. cit., Rdnr. 20; DURAND in MONTPELLIER, 1970, op. cit., S. 14; DELEUZE/LEVY-MORELLE, op. cit., S. 174.

3) Op. cit., 1974, Nr. 531.

formen der Know-how-Vergabe sind in ihrer konkreten Ausgestaltung zu unterschiedlich. Anders als die in BGB und Code civil besonders geregelten Vertragstypen ist der Know-how-Vertrag auch kein Rechtsgeschäft des täglichen Lebens. Vielmehr wird jeder Vertrag einzeln zwischen den Parteien ausgehandelt, eine Notwendigkeit, welche schon die so heterogene Beschaffenheit des Know-how erfordert.

Vorrangig wird die rechtliche Grundlage des Know-how-Vertrages daher stets der Einzelvertrag selbst sein. Die zahlreichen Vertragsmuster können den Vertragsparteien bei der Abfassung des Vertrages im Einzelfall eine nützliche Anleitung geben.

Aus der Systematik sowohl des BGB, als auch des Code civil als gesetzlichen Kodifikationen folgt weiter, daß auf den Know-how-Vertrag grundsätzlich die allgemeinen Regeln des Schuldrechts Anwendung finden.¹ Vorher bedarf es aber stets der Prüfung, inwieweit der Vertrag nicht einzelne Merkmale aufweist, die eine entsprechende Anwendung bestimmter Vorschriften des besonderen Schuldrechts rechtfertigen.

Bezüglich einzelner Vertragsbestandteile kann ein Rückgriff auf einige Bestimmungen des besonderen Schuldrechts geboten sein. Das trifft vor allem auf die entsprechende Anwendung dienst- oder werkvertraglicher Kündigungsvorschriften sowie das werkvertragliche Nachbesserungsrecht zu. Zum Teil kann auch eine entsprechende Anwendung pachtrechtlicher Gewährleistungsregeln interessengerecht sein.

1) An spezialgesetzlichen Bestimmungen ist in Deutschland das Schriftformerfordernis des § 34 Satz 1 GWB zu beachten, falls der Know-how-Vertrag kartellrechtliche Beschränkungen iSv §§ 20, 21 GWB enthalten sollte. In Frankreich besteht für Know-how-Verträge mit Auslandsberührung eine gesetzliche Meldepflicht gem. décret n° 441 du 26 mai 1970, J.O. 29 mai 1970 = J.C.P. 70, III, 36689.

2. Teil: DIE VERTRAGSSTRAFE ALS REGELUNGSMITTEL ZUR
GESTALTUNG VON KNOW-HOW-VERTRÄGEN

Die Gestaltung des Know-how-Vertrages erfordert eine klare und eindeutige Bestimmung von Rechten und Pflichten. Diese Notwendigkeit folgt mangels spezial-gesetzlicher Bestimmungen¹ aus einer starken Einzelfallbezogenheit der Know-how-Verträge und den diesen Verträgen in der Regel zugrunde liegenden komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten. Sie ergibt sich aber auch aus der Natur des Know-how selbst und seiner mangelnden absoluten rechtlichen Zuordnung.²

Eine sinnvolle Know-how-Vertragsgestaltung erschöpft sich jedoch nicht in der Bestimmung der primären vertraglichen Rechte und Pflichten; sie muß sich vielmehr auch an der rechtlichen und praktischen Durchsetzbarkeit der getroffenen Vereinbarungen orientieren, wozu insbesondere auch eine Berücksichtigung der Rechtsfolgen wegen Schlecht- und Nichterfüllung der Vertragspflichten gehört. Die Notwendigkeit, eine Regelung dieser Fragen in die Vertragsgestaltung mit einzubeziehen, ergibt sich aus verschiedenen Überlegungen: Die Durchsetzung vertraglicher Unterlassungspflichten, wie sie in Know-how-Verträgen typischerweise vereinbart werden³, ist bekanntlich mit großen praktischen Schwierigkeiten verbunden; das gilt ganz besonders, wenn, wie das bei Geheimhaltungspflichten der Fall sein kann, bereits ein einmaliger Vertragsverstoß den Gläubiger des

1) Vgl. oben, S. 86 ff.

2) Vgl. oben, S. 33 ff.

3) Z.B. Nichtanwendungs- und Geheimhaltungspflichten, vgl. unten, S. 103 ff., 111 ff., 113 ff.

Unterlassungsanspruchs praktisch allein auf die Liquidation des ihm entstandenen Schadens verweist. Hinzukommt, daß die Schadensberechnung wegen der unkörperlichen und geistigen Natur des Know-how bei Verletzung des Know-how betreffender Vertragspflichten zumeist mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. Dies führt auch für diejenige Partei, die wegen einer solchen Vertragsverletzung in Anspruch genommen wird, zu einer nicht unerheblichen Erhöhung ihres Haftungsrisikos. Deshalb muß sich die Gestaltung eines Know-how-Vertrages im Interesse aller beteiligten Parteien bereits bei Vertragsabschluß auch mit der Regelung möglicher Haftungsfolgen befassen.

Im folgenden Abschnitt A. sollen zunächst Fragen der Gestaltung von Know-how-Verträgen behandelt werden. Dabei wird sich die Darstellung auf die Schwierigkeiten bei der Bestimmung der den Parteien eines Know-how-Vertrages obliegenden typischen Rechte und Pflichten sowie die Rechtsfolgen einer Schlecht- oder Nichterfüllung dieser Vertragspflichten beschränken.

In Abschnitt B. geht es sodann um die Frage, ob und, gegebenenfalls, in welchem Umfang die Vertragsstrafe zur Lösung dieser besonderen Probleme des Know-how-Vertrages einen Beitrag leisten kann.

A. Schwierigkeiten der Vertragsgestaltung

Die wesentlichen Punkte, die bei der Gestaltung eines Know-how-Vertrages einer Regelung bedürfen, sind: die Pflicht zur Mitteilung des Know-how durch den Know-how-Geber sowie die korrespondierende Pflicht des Know-how-Nehmers zur Zahlung der Know-how-Gebühren; ferner Bestimmungen betreffend die Gewährleistung, die Einhaltung von Qualitätsanforderungen, den Austausch von Verbesserungen, den Schutz des Know-how, den Umfang der eingeräumten Befugnisse, die Dauer sowie die Abwicklung des Vertrages für den Fall seiner Beendigung.

Diese Aufzählung ist nur beispielhaft, in Wirklichkeit bedarf eine vollständige Vertragsgestaltung der Regelung weitaus zahlreicherer Fragen. Im Rahmen dieser Arbeit muß sich jedoch die Aufmerksamkeit auf die bedeutsamsten Fragen beschränken.¹

1) Da bereits mehrere, die vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien zum Teil bis ins einzelne behandelnde Veröffentlichungen vorhanden sind, soll hier auf diese Darstellungen verwiesen werden. Vgl. insbesondere für den deutschen Rechtskreis: STUMPF, op.cit., S. 55-161; GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q 49-65; für den französischen Rechtskreis: MAGNIN, op.cit., 1971, Nr. 548-622 und 1974, Nr. 551-606; PLAISANT/SAYN, J.C.C., Fasc. IIIter, 1973, Nr. 7-54; MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 31-44; in der belgischen Literatur gibt es keine vergleichbare Veröffentlichung: Die bei DELEUZE/LEVY-MORELLE, op.cit., S. 175, abgedruckte Übersicht über die verschiedenen typischen Bestandteile eines Know-how-Vertrages besitzt nur den Charakter eines Stichwortkatalogs. Vgl. im übrigen auch die verschiedenen im Literaturverzeichnis aufgeführten Vertragsmuster.

I. Die Bestimmung der den Parteien eines Know-how-Vertrages obliegenden Rechte und Pflichten

Den Parteien eines Know-how-Vertrages steht es im Rahmen der Privatautonomie grundsätzlich frei, den Inhalt von Rechten und Pflichten nach ihren Vorstellungen zu regeln. Die Grenzen dieser Gestaltungsfreiheit sind lediglich die guten Sitten und die allgemeinen Verbotsgesetze, wozu insbesondere auch das Kartellrecht zählt.¹

Die Weite des Know-how-Begriffs sowie die zahlreichen Erscheinungsformen der Know-how-Vergabe² haben in der heutigen Vertragspraxis zu einer kaum überschaubaren Zahl von Gestaltungsmöglichkeiten geführt.³ Es besteht daher die Schwierigkeit, im Einzelfall aus dieser Vielzahl denkbarer Vertragsformen die geeignetste auszusuchen.

- 1) Vgl. oben, S. 9; vgl. ferner STUMPF, op.cit., Rdnr. 37-40; MAGNIN, op.cit., 1971, Nr. 545; ebenso die §§ 134, 138 BGB und Art. 1131, 1133 C.c.
- 2) Vgl. zum Know-how als Vertragsgegenstand oben S. 11 ff.; zu den Erscheinungsformen der vertraglichen Know-how-Vergabe oben, S. 67 ff.
- 3) Die verschiedenen Versuche, wenigstens die gebräuchlichsten vertraglichen Rechte und Pflichten nach bestimmten Merkmalen zu gliedern und zu ordnen, wie das in den oben S. 96 Fußn. 1, angeführten Veröffentlichungen geschehen ist, können nur als ein Beitrag gewertet werden, den Parteien eine Anleitung bei der Abfassung von Know-how-Verträgen sowie der Benutzung der sog. Vertragsmuster zu geben; nicht dagegen handelt es sich dabei um erschöpfende Vertragsanalysen, ein Anspruch, den die Autoren dieser Untersuchungen wohl auch nicht geltend machen wollen. So ausdrücklich MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 31.

1. Techniken der Vertragsgestaltung

Die Technik der Vertragsgestaltung unterscheidet sich bei Know-how-Verträgen nicht grundlegend von der auf anderen Rechtsgebieten. Gleichwohl müssen bei der Abfassung von Know-how-Verträgen einige Grundsätze ganz besonders beachtet werden.

a) Vollständigkeit

Im ersten Teil dieser Arbeit wurde bereits gezeigt¹, daß sich die Parteien eines Know-how-Vertrages zur Regelung ihrer Rechtsbeziehungen weder auf eine spezialgesetzliche noch auf eine sonstige gesicherte Rechtsgrundlage stützen können. Es kommt daher in besonderem Maße darauf an, daß sie ihre Rechtsbeziehungen vertraglich umfassend regeln.² Das gilt in gleicher Weise für Haupt- wie Nebenabreden des Vertrages. Zwar sind die Vertragsparteien bei einer Regelungslücke im Vertrag nicht rechtlos gestellt: Denn für die Ausfüllung von Vertragslücken stehen die allgemeinen Normen des Schuldrechts zur Verfügung, oder, falls solche fehlen, ist die Regelungslücke aus dem Sinnzusammenhang des Vertragswerkes durch ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln.³ Die tatsächliche Unsicherheit jedoch, bei Lückenhaftigkeit im Einzelfall eine adäquate rechtliche Lösung zu finden, lassen eine möglichst umfassende Regelung sämtlicher Rechtsbeziehungen angezeigt erscheinen.

Erschwert wird dieses Ziel dadurch, daß es sich bei

1) Vgl. oben, S. 86 ff.

2) Vgl. oben, S. 92 f.

3) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 286.

Know-how-Verträgen in aller Regel um ein sog. Dauer-schuldverhältnis handelt.¹ Die Unvorhersehbarkeit der Entwicklung der vom Vertrag geregelten tatsächlichen Beziehungen stellt die Vertragsparteien häufig vor große Schwierigkeiten.²

b) Schriftform

Sowohl wegen der Fülle der zu regelnden Fragen als auch aus Beweisgründen ist die Schriftform eine unverzichtbare Voraussetzung für eine sorgfältige Vertragsgestaltung. Aus der Sicht der Praxis handelt es sich hierbei im Interesse aller Parteien freilich um eine Selbstverständlichkeit.³ In Frankreich und Belgien ist die Einhaltung der Schriftform darüberhinaus auch durch das Beweiserfordernis des Art. 1341 C.c. geboten.

Für eine gewissenhafte Vertragsgestaltung ist die Schriftlichkeit allein aber nicht ausreichend. Ebenso wichtig ist, daß die Parteien ihre Vereinbarungen inhaltlich klar und bestimmt treffen.⁴

1) Vgl. oben, S. 88.

2) Vgl. PLAISANT/SAYN, J.C.C., Fasc. III^{ter}, 1973, Nr. 27, zum evolutiven Charakter des Know-how-Vertrages.

3) Vgl. zu den Fällen, in denen ein Schriftformerfordernis für den Know-how-Vertrag kraft Gesetzes besteht, oben, S. 93, Fußn. 1.

4) Vgl. STUMPF, op.cit., Rdnr. 35, der die Vertragsschließenden ausdrücklich davor warnt, sich auf stillschweigende Zustimmung der anderen Partei zu verlassen, wie dies bei alltäglichen Handelsgeschäften geschehe. Die Notwendigkeit, bei Vertragsabschluß eine größtmögliche Klarheit und Bestimmtheit einzuhalten, betonen auch DURAND, J.C.P. 1967, Nr. 2078, Nr. 12, und PLAISANT/SAYN, J.C.C. 1973, Fasc. III^{ter}, Nr. 20.

c) Aufbau

Know-how-Verträge sind regelmäßig sehr umfangreich. Verträge mit zwanzig und mehr Seiten sind in der Praxis keine Seltenheit. Dieser verhältnismäßig starke Umfang erfordert einen klaren und übersichtlichen Aufbau des Vertragstextes, wobei folgende Punkte beachtet werden sollten:

(1) Im Anschluß an die Bezeichnung der Vertragsparteien, aber noch vor Aufzählung der einzelnen Vertragspflichten, können die Parteien in einer sog. Präambel ihre mit dem Vertrag verfolgten Absichten sowie den Zweck und den Umfang der Know-how-Vergabe darlegen. In den USA ist diese Vertragspraxis unter der Bezeichnung der "Whereas-clauses" weit verbreitet und findet heute auch in Europa zunehmend Nachahmung.¹ Diese in Anlehnung an die französische Terminologie auch als "attendu"-Klauseln bezeichneten Angaben können bei Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung der eigentlichen Vertragspflichten eine zusätzliche, nützliche Interpretationshilfe abgeben. Gleichwohl muß vor einem unbedachten, vorbehaltlosen Gebrauch solcher Präambeln gewarnt werden: Zwar besitzen die darin zum Ausdruck gebrachten Absichtserklärungen grundsätzlich keine rechtliche Bindungswirkung, sondern haben nur den Charakter unverbindlicher Programmsätze.² Aber eine mit ungenügender Sorgfalt abgefaßte Präambel, in der z.B.

1) Vgl. POLIZIEN/LANGEN, op.cit., S. 11, und E.C.E., Leitfaden, Rdnr. 24. Im Leitfaden der ORGALIME zur Abfassung von Know-how-Verträgen, op.cit., Nr. 10, wird es sogar als wesentlich bezeichnet, daß die Parteien in einer Präambel ihre Absicht genau darlegen. Vgl. ferner die Vertragsmuster bei MAGNIN, op.cit., 1974, S. 400, 401, und MONTPELLIER 1970, op.cit., S. 44 ff.

2) Entscheidend für eine Bindungswirkung ist natürlich auch hier der im Einzelfall durch Vertragsauslegung zu ermittelnde Parteiwille.

der Know-how-Geber in Bezug auf den Anwendungsbereich des Know-how mehr in Aussicht stellt, als er dem Know-how-Nehmer im eigentlichen Vertrag zu versprechen bereit ist, birgt die Gefahr in sich, zwischen den Beteiligten zu Meinungsstreitigkeiten über den wirklichen Vertragsinhalt zu führen. Mit der gebotenen Sorgfalt lassen sich diese Schwierigkeiten jedoch bei der Abfassung der Präambel leicht vermeiden.

(2) Know-how-Verträge großen Umfangs setzen sich häufig aus verschiedenen Bestandteilen zusammen. Der wichtigste Fall ist die Kombination einer Know-how-Vergabe mit einer Lizenz oder einer Abtretung eines gewerblichen Schutzrechts.¹ Diese gemischten Verträge bilden zwar wirtschaftlich regelmäßig eine Einheit; rechtlich richtet sich die Beurteilung einer Know-how-Vergabe und einer Schutzrechtslizenz für sich genommen aber nach völlig verschiedenen Grundsätzen.² In schwierig gelagerten Fällen kann es daher angezeigt sein, die beiden Vertragsbestandteile formal zu trennen, um dadurch eine größere Klarheit bei der Vertragsgestaltung zu erzielen. Ist diese Trennung erfolgt, so kommt es darauf an, die beiden verschiedenen Vertragsurkunden inhaltlich aufeinander abzustimmen und den bestehenden wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen beiden Verträgen soweit herzustellen, wie dies im konkreten Fall geboten erscheint.³

(3) Eine der Hauptschwierigkeiten bei der Abfassung von Know-how-Verträgen ist die exakte Definition des Know-how, das die Parteien zum Gegenstand des Vertrages ma-

1) Vgl. oben, S. 73 ff.

2) Vgl. oben, S. 67 und 73 ff.

3) Vgl. oben, S. 73, Fußn. 3, mit dem Hinweis auf den bei GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. U 33, abgedruckten Mustervertrag.

chen wollen. Während es nämlich bei einem Vertrag über eine patentierte Erfindung genügt, einfach auf die Nummer des Patents Bezug zu nehmen, muß bei einem Know-how-Vertrag das Know-how erst einmal beschrieben werden. Eine solche Beschreibung, die auch deshalb so genau wie möglich erfolgen muß, weil sich zahlreiche Bestimmungen des Vertrages, wie z.B. die Pflichten zur Mitteilung, Benutzung und Geheimhaltung darauf beziehen, wird häufig sehr umfangreich sein. Regelmäßig erfolgt die Bestimmung des Know-how durch die Wiedergabe der Idee als solcher sowie der Beschreibung ihrer Anwendung und der damit erzielten Ergebnisse. In vielen Fällen ist die Definition des Know-how nur unter Zuhilfenahme von Skizzen, Zeichnungen, Plänen, Photographien, Versuchsanordnungen etc. möglich. Daher kann es in bestimmten Fällen zweckmäßig sein, im Know-how-Vertrag selbst wegen der genaueren Bestimmung des Vertragsgegenstandes auf einen Anhang zum Vertrag Bezug zu nehmen, in dem das Know-how bis in alle Einzelheiten festgelegt ist.¹

2. Die inhaltliche Gestaltung der Vertragsbeziehungen

In diesem Abschnitt sollen einige für die Know-how-Vergabe typische Fallgestaltungen untersucht werden, die den Parteien eines Know-how-Vertrages erfahrungsgemäß die größten Schwierigkeiten bereiten. Dabei wird zwischen drei Stadien in den Vertragsbeziehungen unterschieden: den vorvertraglichen Rechtsbeziehungen, dem Know-how-Vertrag sowie den Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nach Vertragsbeendigung.

1) Es gibt sogar Fälle, in denen die Beschreibung des Know-how zum Gegenstand regelrechter Handbücher gemacht wird, wie z.B. in einigen Franchisebetrieben auf dem Hotel- und Gaststättensektor.

a) Das vorvertragliche Stadium

Im Verlauf der häufig langwierigen Vertragsverhandlungen werden die Beziehungen zwischen den potentiellen Know-how-Vertragsparteien von einem zentralen Problem beherrscht:

Wer an dem Erwerb eines bestimmten Know-how interessiert ist, wünscht naturgemäß von dem Inhaber des Know-how bereits vor Vertragsabschluß zu erfahren, worin dieses im wesentlichen besteht. Ist der Interessent allerdings bösgläubig, so wird es für diesen vielfach nicht mehr schwer sein, nachdem er das Wesentliche erfahren hat, auch die notwendigen Einzelheiten des Know-how zu rekonstruieren, ohne daß es dazu noch des Abschlusses eines Know-how-Vertrages bedarf. Aber auch in anderen Fällen, in denen die Vertragsverhandlungen nicht zu dem angestrebten Vertragsabschluß führen, besteht für den Know-how-Inhaber die Gefahr, daß sein Verhandlungspartner aus den vertraulichen Mitteilungen mißbräuchlich Nutzen zieht.

Wenn diese Gefahren auch niemals vollkommen ausgeräumt werden können, so gibt es doch verschiedene Möglichkeiten, durch die sich der Know-how-Inhaber gegen einen solchen Mißbrauch seiner Kenntnisse schützen kann:

Rein tatsächlich muß der Know-how-Inhaber bestrebt sein, einem Know-how-Interessenten vor Vertragsschluß so wenig wie möglich von seinen Kenntnissen mitzuteilen.¹

1) L.GILBERT vergleicht die Situation, in der sich ein Know-how-Inhaber gegenüber einem Interessenten befindet, mit einem "strip-tease", da sich letzterer nur selten mit einigen Angaben zum Know-how zufrieden gibt, sondern immer bestrebt ist, schon vor Vertragsabschluß das Know-how und seine Funktionsweise möglichst ganz kennenzulernen. Daraus folgert L.GILBERT, abgedruckt in MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 24, für die Taktik der Verhandlungsführung durch den Know-how-Inhaber: "Tout l'art du vendeur, dans ce strip-tease, est d'essayer de garder le slip le plus longtemps possible".

Den rechtlich wirksamsten Schutz gegen den Mißbrauch anläßlich von Vertragsverhandlungen offenbarter, vertraulicher Kenntnisse bietet der Abschluß eines Vorvertrages.¹ Darin verpflichtet sich der Verhandlungspartner dem Know-how-Inhaber gegenüber, das mitgeteilte Wissen für den Fall des Scheiterns der Vertragsverhandlungen nicht selbst zu verwerten und auch Dritten nicht zugänglich zu machen.² Mangels einer entsprechenden Gegenleistung werden in der Praxis gegen den Abschluß solcher Vorverträge von Seiten der Verhandlungspartner jedoch erhebliche Bedenken vorgebracht.

Als Ausweg aus diesem Interessenkonflikt bietet sich eine Lösung an, die freilich in der Praxis noch wenig Nachahmung gefunden hat: Der Know-how-Interessent erwirbt vom Know-how-Inhaber das Know-how gegen eine Pauschale auf Probe; innerhalb einer bestimmten Versuchsfrist kann sich der Know-how-Nehmer sodann an Hand der erzielten praktischen Ergebnisse für einen endgültigen Erwerb des Know-how entschließen.³ In einem solchen Know-how-Vertrag auf

1) Vgl. ORGALIME, Know-how-Vertrag, Nr. 51; GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q 20-25; MAGNIN, op.cit., 1971, Nr. 539.

2) Beispiele für den Inhalt solcher Vorverträge finden sich bei: ORGALIME, a.a.O.; GAUL-BARTENBACH, a.a.O., PLAISANT/SAYN, J.C.C., 1973, Fasc. IIIter, Nr. 15; MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 32.

3) Ein Beispiel für einen solchen "contrat à l'essai" findet sich bei MOUSSERON, a.a.O., S. 32. Um den Abschluß des endgültigen Know-how-Vertrages nicht ganz von der Willkür des Know-how-Nehmers abhängig zu machen, empfiehlt es sich, die Beurteilung der erzielten Versuchsergebnisse einem im voraus bestellten neutralen Sachverständigen zu überlassen. Wenig Gegenliebe findet dagegen bei den meisten Gesprächspartnern der bei GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q 25, abgedruckte Vorschlag, wonach ein Interessent dem Know-how-Geber schon für die bloße Bereitschaft zu einem Gespräch über die Know-how-Vergabe eine Vergütung zahlen soll, und sei es auch nur in der Form eines à conto auf die Zahlungsverpflichtung des Know-how-Nehmers auf Grund des angestrebten Vertrages.

Probe, in welchem Leistung und Gegenleistung sich in einem ausgewogenen Verhältnis gegenüberstehen, ist es für den Know-how-Inhaber weit eher möglich, geeignete Vereinbarungen zum Schutz gegen eine unerlaubte Verwertung und Verbreitung seiner Kenntnisse zu treffen.

Unabhängig davon, ob es dem Know-how-Inhaber gelingt, mit seinen Verhandlungspartnern eine der vorstehend beschriebenen Vereinbarungen zu schließen, sollte dieser im Verlauf der Vertragsgespräche stets darauf bedacht sein, den besonderen Charakter der Vertraulichkeit zu betonen. Dazu gehört auch eine besondere Kenntlichmachung der Vertraulichkeit von schriftlichen Aufzeichnungen und Dokumenten, welche dem Gesprächspartner zur Information überlassen werden. In der Praxis werden zu diesem Zweck zunehmend Stempel mit dem Aufdruck "streng vertraulich" und dem Hinweis "Abschrift, Vervielfältigung, Verbreitung und Benutzung nur mit Zustimmung des Berechtigten" verwendet. Rechtlich hat das zur Folge, daß die einzelnen Sorgfalts-pflichten des jeweiligen Vertragspartners näher konkretisiert werden.

Bisher war immer nur von dem Interesse des Know-how-Inhabers die Rede, bereits im vorvertraglichen Stadium seine Kenntnisse vertraglich zu schützen. Es kommt aber auch vor, daß ein Know-how-Nehmer, der einen exklusiven Erwerb eines bestimmten Know-how anstrebt, sich diese faktische Ausschließlichkeit bereits im Verhandlungsstadium vertraglich sichern möchte. Auch in diesen Fällen gibt es für den Erwerber nur die Möglichkeit, in einer vorvertraglichen Vereinbarung dem Inhaber des Know-how für die Dauer der Vertragsverhandlungen zu verbieten, das Know-how anderweitig anzubieten oder Dritten ohne seine Zustimmung mitzuteilen.

b) Der Know-how-Vertrag

Die wesentliche Vertragspflicht des Know-how-Gebers besteht darin, dem Know-how-Nehmer die im Vertrag konkret bezeichneten Kenntnisse zu vermitteln. Im Gegenseitigkeitsverhältnis dazu steht regelmäßig die Hauptverpflichtung des Know-how-Nehmers, die vereinbarten Gebühren zu bezahlen. Daneben kommt es bei der Vertragsgestaltung entscheidend darauf an, den Umfang der eingeräumten Befugnisse genau zu bestimmen sowie die faktische Exklusivität des Know-how vor einer unerwünschten Verbreitung der vertragsgegenständlichen Kenntnisse zu schützen.¹

(1) Die Pflicht zur Mitteilung des Know-how

Die Verpflichtung des Know-how-Gebers zur Mitteilung des Know-how wird inhaltlich im wesentlichen durch zwei Faktoren bestimmt: Die Beschreibung des im Einzelfall geschuldeten Know-how sowie die Art und Weise der Vermittlung.

Die Definition des Know-how, welches die Parteien zum Gegenstand der Vergabe machen wollen, muß so genau wie möglich erfolgen; denn nur so läßt sich der Inhalt der Vermittlungspflicht exakt bestimmen.²

Die Modalitäten der Know-how-Vermittlung sind vielfältig³ und müssen daher im Einzelfall genau bezeichnet werden; keinesfalls genügt es, im Vertrag lediglich eine Pflicht zur Mitteilung des Know-how zu vereinbaren.⁴

1) Wegen der übrigen, in einem Know-how-Vertrag in aller Regel zu behandelnden Fragen sei an dieser Stelle erneut auf die oben, S. 96, Fußn. 1, angeführte Literatur verwiesen.

2) Auf die generelle Bedeutung einer exakten Know-how-Definition für die gesamte Vertragsabwicklung wurde bereits oben, S. 101 f., hingewiesen.

3) Vgl. oben, S. 82 f.

4) Vgl. MOUSSERON, Cah.dr.ent. 1972, Nr. 1, S. 35.

Da der Know-how-Nehmer ein Interesse daran hat, nach Vertragsschluß die vereinbarten Kenntnisse so schnell wie möglich zu erlangen, empfiehlt es sich ferner, in den Vertrag eine bestimmte Frist für die Mitteilung des Know-how aufzunehmen. Handelt es sich um eine umfangreichere Know-how-Vergabe, so kann auch die Aufstellung eines gegliederten Zeitplanes zweckmäßig sein. In den Fällen, in denen eine Mitwirkungshandlung des Know-how-Nehmers erforderlich ist, liegt es im Interesse des Know-how-Gebers, für die Erbringung der Mitwirkungshandlung gleichfalls eine Frist zu bestimmen.

Die Vereinbarung von Fristen hat in sämtlichen Fällen in erster Linie den Zweck, die Erfüllung des Vertrages zu beschleunigen; daneben erleichtert sie aber auch die Sanktion von Vertragsverletzungen und die Geltendmachung von Sekundäransprüchen bei Verzug der Vertragsparteien.

Die Verpflichtung zur Mitteilung des Know-how ist in der Praxis regelmäßig mit der Pflicht des Know-how-Gebers zur Vorleistung verbunden. Dieser sollte daher die Offenbarung seiner Kenntnisse von der vorherigen Zahlung eines bestimmten Pauschalbetrages durch den Know-how-Nehmer abhängig machen,¹ um sich wenigstens zu einem Teil finanziell abzusichern. Rechtlich kann die Vereinbarung einer solchen Vorauszahlung als à conto auf die allgemeine Gebührenzahlungspflicht ausgestaltet werden. Möglich ist es aber auch, eine Rückforderung dieses Geldbetrages generell, auch bei vorzeitiger Vertragsauflösung, auszuschließen,² so daß der Know-how-Geber in jedem Fall einen wirtschaftlichen Mindestgegenwert für die Offenbarung seines Know-how erhält.

1) Eine solche Vereinbarung ist z.B. in Art. 3 Abs. 2 des Mustervertrages der VDMA, op.cit., enthalten.

2) Vgl. dazu Art. 10 des VDMA-Muster-Know-how-Vertrages, op.cit.

In engem Zusammenhang mit der Know-how-Vermittlung steht die Frage, ob und in welchem Umfang der Know-how-Geber dem Know-how-Nehmer für die Ausführbarkeit und Brauchbarkeit des Know-how oder einen darüberhinausgehenden Erfolg haftet.¹ Mangels besonderer gesetzlicher Gewährleistungsregeln richtet sich die Haftung des Know-how-Gebers grundsätzlich nach dem Vertragsinhalt. In der Praxis übernimmt der Know-how-Geber gegenüber dem Know-how-Nehmer meist nur die Haftung für die allgemeine Ausführbarkeit und Brauchbarkeit des Know-how sowie dafür, daß einer Verwendung des Know-how im Rahmen der Vereinbarungen keine Sonderschutzrechte entgegenstehen.² Eine weitergehende Haftung ist selten, kann von den Parteien aber vereinbart werden, wie z.B. im Fall einer besonderen Zusicherung der Fabrikationsreife des Know-how. Eine Garantie für eine erfolgreiche Anwendung und rentable Verwertung des Know-how wird vom Know-how-Geber praktisch nie übernommen, da das wirtschaftliche Risiko der Know-how-Vergabe grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des Know-how-Nehmers fällt.³

(2) Die Pflicht zur Zahlung der Know-how-Gebühren

Auch der Inhalt der Verpflichtung des Know-how-Nehmers zur Zahlung der Know-how-Gebühren⁴ wird im wesentlichen

-
- 1) Zur Gewährleistungshaftung des Know-how-Gebers für Mängel des Know-how vgl. insbes. STUMPF, op.cit., Rdnr. 51-70, 169-175; MOUSSERON, Cah.dr.ent. 1972, Nr. 1, S. 41; MAGNIN, op.cit., 1971, Nr. 554-556; ders., op.cit., 1974, Nr. 567, 568.
 - 2) Vgl. die Literaturhinweise, a.a.O.
 - 3) Vgl. dazu, daß die Leistung des Know-how-Gebers grundsätzlich nicht erfolgsbezogen ist, auch oben, S. 91.
 - 4) Vgl. dazu, daß Know-how-Verträge in der Regel entgeltliche Verträge sind, und die Gegenleistung vom Know-how-Nehmer in Geld und nur ausnahmsweise in Natur zu erbringen ist, oben, S. 81.

durch zwei Faktoren bestimmt: Die Bemessung der Know-how-Gebühren und die Vereinbarung der Zahlungsmodalitäten.¹

Die Bemessung der Know-how-Gebühren kann durch Bestimmung entweder eines Festbetrages oder einer Proportionale erfolgen.² Für den Know-how-Geber ist stets die Vereinbarung eines bestimmten Festbetrages vorteilhafter: denn in diesem Fall bemißt sich die Zahlungspflicht des Know-how-Nehmers unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg, den dieser bei der Verwertung des Know-how später erzielt. Demgegenüber wird ein Know-how-Nehmer regelmäßig die Vereinbarung einer Proportionale vorziehen, bei der sich die Know-how-Gebühren auf Grund des bei der Know-how-Verwertung erzielten wirtschaftlichen Erfolges errechnen.³ Eine dritte, in der Praxis zunehmend verwendete Form für die Bemessung der Know-how-Gebühren stellt eine Kombination beider vorgenannten Möglichkeiten dar: In diesem Fall vereinbaren die Parteien einen festen Mindestbetrag (Pauschale) verbunden mit einer proportionalen Know-how-Gebühr. Der Pauschalbetrag - von französischen Vertragsjuristen häufig auch als "lump sum" bezeichnet - garantiert dem Know-how-Geber somit einen be-

-
- 1) Dieses Gliederungsprinzip für die Gestaltung der Zahlungspflicht des Know-how-Nehmers ist am deutlichsten bei MOUSSERON, Cah.dr.ent. 1972, Nr. 1, S. 36-38, durchgeführt.
 - 2) Wegen der im Einzelfall für die Bemessung der Gebührenhöhe erheblichen Bewertungsfaktoren vgl. die Aufstellung bei STUMPF, op.cit., Rdnr. 93.
 - 3) Solche Gebührenvereinbarungen, die aus einem festen Proportionalersatz bezogen auf eine bestimmte Bemessungsgrundlage bestehen, sind vor allem auch aus der Gebührenpraxis bei Lizenzverträgen bekannt. Als Bemessungsgrundlage dient entweder der Gewinn, der Umsatz oder eine bestimmbare Produktions- oder Vertriebsgröße, die der Know-how-Nehmer mit dem Know-how erzielt. Vgl. zum Ganzen STUMPF, op.cit., Rdnr. 92-122.

stimmten Mindestgegenwert für die Preisgabe seines Know-how, während sich im übrigen die Höhe der Know-how-Gebühren nach dem wirtschaftlichen Erfolg der Know-how-Verwertung durch den Know-how-Nehmer errechnet.¹

Eine Vereinbarung über die Zahlungsmodalitäten sollte stets Bestimmungen über die Zahlungsweise, eine eventuelle Finanzierung und die Zahlungsziele (Fristen) enthalten.²

Ein besonderes Problem, das in der Literatur im Zusammenhang mit der Zahlungspflicht bereits an verschiedenen Stellen behandelt worden ist, hier aber nur angedeutet werden kann, betrifft die Frage, wie sich eine nachträgliche Offenkundigkeit des mitgeteilten Know-how auf die Pflicht zur Gebühreinzahlung auswirkt:³ Hat ein Know-how-Vertrag nach seinem Vertragsinhalt ein Geheimnis zum Gegenstand, so erlischt nach allgemeiner Meinung mit Offenkundigwerden dieses Geheimnisses die Verpflichtung des Know-how-Nehmers zur Gebühreinzahlung für die Zukunft.⁴

-
- 1) Praktische Beispiele für eine solche kombinierte Gebührenvereinbarung finden sich bei MAGNIN, *op.cit.*, 1974, Anhang, S. 405, Art. 11 und 12, und ORGALIME, *Know-how-Vertrag-Leitfaden*, Nr. 38 iVm Nr. 37.
 - 2) Für Einzelheiten vgl. STUMPF, *op.cit.*, Rdnr. 112 ff, und insbes. MOUSSERON, *Cah.dr.ent.*, 1972, Nr. 1, S. 37 und 38.
 - 3) Vgl. insbes. FINGER, GRUR 1970, S. 3 - 9, PLAISANT/SAYN, J.C.C., Fasc. IIIter, 1973, Nr. 54 und MAGNIN, *op.cit.*, 1974, Nr. 580 - 589. Von dieser Frage zu unterscheiden ist der Fall, daß der Know-how-Geber dem Know-how-Nehmer die Mitteilung eines geheimen Know-how oder eines Know-how versprochen hat, welches nur bestimmten Personen, namentlich Konkurrenten, nicht bekannt sein soll, ohne daß diese Voraussetzungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv erfüllt sind: In diesem Fall ist der Vertrag grundsätzlich nichtig, § 306 BGB, Art. 1131 C.c. Vgl. die Lit. a.a.O.
 - 4) Vgl. STUMPF, *op.cit.*, Rdnr. 106, sowie die Lit. a.a.O. In Deutschland wird dieses Ergebnis in erster Linie

Die Frage, wie dieses Risiko vom Know-how-Geber vermieden werden kann, kann hier leider nicht näher untersucht werden. Folgende zwei Lösungsvorschläge sollten in diesem Zusammenhang bei der Vertragsgestaltung jedoch nicht unberücksichtigt bleiben: Entweder vereinbaren die Vertragspartner eine feste Know-how-Gebühr, die von der Laufzeit des Vertrages anders als eine proportionale Gebühr unabhängig ist und daher grundsätzlich auch durch ein späteres Offenkundigwerden unberührt bleibt.¹ Oder der Know-how-Geber verzichtet im Vertrag auf jeglichen Geheimnischarakter des Know-how;² denn es ist grundsätzlich keine rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung für einen Know-how-Vertrag, daß sich die Know-how-Vergabe auf geheime Kenntnisse bezieht.³

(3) Der Umfang der Know-how-Benutzung

Eine der wichtigsten Fragen bei der Gestaltung von Know-how-Verträgen ist die Bestimmung des Umfangs der den Vertragsparteien in Bezug auf den Vertragsgegenstand zuste-

wettbewerbsrechtlich begründet, §§ 20, 21 GWB, während MAGNIN, a.a.O., Nr. 581, dasselbe Ergebnis aus Art. 1131 C.c. gewinnt.

- 1) Da die Zahlungspflicht nur für die Zukunft erlischt, bleiben Ansprüche in der Vergangenheit, in der der Know-how-Nehmer ja auch die Vorteile des Geheimnisses hat tatsächlich nützen können, bestehen. So ausdrücklich STUMPF, op.cit., RdNr. 106.
- 2) So der Lösungsvorschlag von MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 589 und Fußn. 26.
- 3) Vgl. FINGER, GRUR 1970, S. 5 - 9. Vgl. ferner: MAGNIN, op.cit., 1974, Nr. 587, mit dem Hinweis auf das bereits oben, S. 24, Fußn. 5, zitierte Urteil der Cour de Cass.Com. v. 13.7.1966. In dieser Entscheidung wurde ein Rechtsgrund (cause) für die Zahlungspflicht allein in dem Vorteil gesehen, den der Know-how-Nehmer dadurch erlangt hat, daß er jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht oder nur unter beträchtlichem Aufwand von Zeit und Kosten imstande gewesen wäre, die von dem Know-how-Geber erlangten Kenntnisse selbst zu entwickeln. Vgl. auch die obigen Ausführungen zum Know-how-Begriff, S. 28 ff.

henden Befugnisse. Da das Know-how rechtlich keinen Ausschließlichkeitscharakter besitzt¹, ist dem Know-how eine Beschränkung hinsichtlich seiner Verwendungsmöglichkeiten anders als den gewerblichen Schutzrechten grundsätzlich fremd. Daraus folgt, daß der Know-how-Nehmer auch grundsätzlich das auf Grund des Know-how-Vertrages erlangte Know-how neben dem Know-how-Geber an jedem Ort und in beliebiger Weise verwerten kann. Beabsichtigt allerdings der Know-how-Geber das Know-how nur in beschränktem Umfang zu vergeben, so bedarf es im Vertrag insoweit einer ausdrücklichen Vereinbarung; dasselbe gilt, wenn der Know-how-Nehmer den Know-how-Geber von der Verwertung der erworbenen Kenntnisse für einen bestimmten Zeitraum ganz oder zum Teil ausschließen möchte.²

Bei der Gestaltung solcher Vereinbarungen kommt es darauf an, Art und Umfang der Beschränkung genau zu definieren.

Hinsichtlich der Art der Beschränkung werden räumliche, sachliche und persönliche Beschränkungen unterschieden. Darunter fallen z.B. Bestimmungen über das Vertragsgebiet, den Anwendungsbereich des Know-how, Produktionsbeschränkungen, den Vertrieb der mit dem Know-how hergestellten Produkte und den Kreis der Berechtigten.

Hinsichtlich des Umfangs der Beschränkung gilt es vor allem den Maßstab, die Grenzen und die Dauer der Beschränkungen zu bestimmen.

1) Vgl. oben, S. 33 ff.

2) Zu den Fällen einer ausschließlichen Know-how-Vergabe sowie der Know-how-Übertragung vgl. oben, S. 75 ff. Zu den übrigen gebräuchlichen Formen einer Beschränkung der Know-how-Vergabe vgl. oben, S. 77 ff.

In den meisten Fällen empfiehlt es sich, im Vertrag positiv und möglichst abschließend die Befugnisse der Parteien festzulegen. Daneben ist es zur Klarstellung zweckmäßig, festzustellen, daß die Parteien das vertragsgegenständliche Know-how nur in dem im Vertrag ausdrücklich genannten Umfang benutzen dürfen. Wird dagegen eine Beschränkung in der Know-how-Benutzung innerhalb eines Vertrags nur ausnahmsweise vereinbart, so genügt es auch, allein diese genau zu bestimmen. Aus der Natur des Know-how folgt dann von selbst, daß die Know-how-Benutzung im übrigen unbeschränkt möglich ist.¹

Diese vertraglichen Möglichkeiten einer Beschränkung der Know-how-Benutzung sind in der Praxis häufig nur schwer durchzusetzen.² Hinzukommt, daß in vielen Fällen die Vereinbarung solcher Beschränkungen erhebliche wettbewerbsrechtliche Fragen aufwirft. Diese Vorbehalte sollten die Parteien jedoch nicht daran hindern, in Know-how-Verträgen Beschränkungen der genannten Art im rechtlich zulässigen Rahmen zu vereinbaren.

(4) Der Schutz des Know-how

Eine besonders wichtige Frage, die in jedem Know-how-Vertrag einer sorgfältigen Regelung bedarf, betrifft die faktische Exklusivität des Know-how. Da das Know-how keinen Sonderrechtsschutz genießt, hängt sein rechtlicher Schutz weitgehend von den vertraglichen Vorkehrungen der Parteien ab.³ In den meisten Musterverträgen und auch in der Vertragspraxis wird in diesem Zusammenhang von Ge-

1) Beispiele für Know-how-Beschränkungen finden sich in allen im Literaturverzeichnis erwähnten Vertragsmustern.

2) Vgl. unten, S. 118 ff.

3) Vgl. oben, S. 64.

heimhaltungsvereinbarungen gesprochen.¹ Zweck dieser Vereinbarungen ist es, das Know-how vor einer unerwünschten Verbreitung an Dritte zu schützen, um auf diese Weise den Wert des Know-how, der bekanntlich von seiner tatsächlichen Exklusivität bestimmt ist, zu sichern.

Als Schuldner dieser Geheimhaltungspflichten können sowohl der Know-how-Nehmer als auch der Know-how-Geber in Betracht kommen. Letztlich hängt diese Frage von der Interessenlage im konkreten Einzelfall ab. Vielfach besteht ein beiderseitiges Interesse an der Wahrung der Vertraulichkeit des Know-how.²

Die Verpflichtung zur Geheimhaltung muß ihrem Umfang nach genau bestimmt sein. In aller Regel wird sie freilich das Know-how als Ganzes betreffen. Für den Fall, daß die Parteien den Austausch von Verbesserungen vereinbart haben, ist es zweckmäßig, die Geheimhaltungspflicht von vornherein auch auf die Mitteilung eventueller Verbesserungen zu erstrecken.

Die bloße Vereinbarung, das Know-how nicht unbefugt Dritten mitzuteilen, ist allerdings kaum geeignet, einen aus-

1) Vgl. z.B. VDMA, Know-how-Vertrag, a.a.O., Art.20, und MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 42. Vgl. ferner: PLAISANT/SAYN, J.C.C., Fasc. IIIter, 1973, Nr.35-37.

2) Die Interessenlage bei der Geheimhaltung des Know-how läßt sich vereinfacht wie folgt darstellen: Bei einer einfachen Know-how-Überlassung liegt das Hauptinteresse an der Geheimhaltung beim Know-how-Geber, da er weiterhin selbst zur Verwertung seiner Kenntnisse befugt bleibt. Umgekehrt verhält es sich bei einer Know-how-Übertragung, da hier regelmäßig die ausschließliche Befugnis zur Benutzung des Know-how nach dem Inhalt des Vertrages auf den Know-how-Nehmer übergeht. In allen anderen Fällen, z.B. einer ausschließlichen, auf ein bestimmtes Vertragsgebiet beschränkten Know-how-Vergabe, sind die Interessen meistens verteilt. Vgl. wegen der verschiedenen Formen der Know-how-Vergabe oben, S. 71 ff.

reichenden Know-how-Schutz zu gewährleisten. Vielmehr ist es notwendig, daß in einer Geheimhaltungsabrede dem jeweiligen Verpflichteten zusätzlich zur Auflage gemacht wird, bestimmte Schutzvorkehrungen zu treffen. Dazu gehört z.B. die Pflicht, sämtliche Unterlagen, die das Know-how verkörpern, streng vertraulich zu behandeln, geeignete Maßnahmen zu treffen, welche eine mißbräuchliche Verwertung des Know-how durch unbefugte Unternehmensangehörige oder Dritte verhindern, sowie die Bestimmung, daß nur einige, näher bezeichnete Personen in das Wesen und die Anwendungsweise des Know-how eingeweiht werden dürfen.¹

Für den Fall einer eventuellen nachträglichen Änderung der Interessenlage ist es zweckmäßig, in den Vertrag einen Vorbehalt aufzunehmen, der eine Verbreitung des Know-how abweichend von den besonderen Geheimhaltungspflichten von der Zustimmung des jeweils begünstigten Vertragsteiles abhängig macht. Zur Klarstellung ist es angezeigt, in den Vertrag einen Hinweis aufzunehmen, daß die Geheimhaltungsabrede nur so lange gelten soll, wie zwischen den Vertragsparteien ein berechtigtes Interesse daran besteht. Ein solches berechtigtes Interesse dürfte jedenfalls so lange zu bejahen sein, wie das Know-how einen für einen dritten Mitbewerber erheblichen Marktwert besitzt.²

c) Die Rechtsbeziehungen nach Vertragsbeendigung

Für den Fall, daß eine Know-how-Vergabe befristet ist oder ein Know-how-Vertrag vorzeitig aufgelöst wird, steht

-
- 1) Vgl. neben den bereits oben, S. 114, Fußn. 1, zitierten Literaturhinweisen ORGALIME, Know-how-Leitfaden, a.a.O., Nr. 23 und 24.
 - 2) Vgl. dazu, daß es sich beim Know-how um eine wettbewerbsabhängige Größe handelt, oben, S. 31.

der Know-how-Geber bei Vertragsbeendigung vor dem Problem, daß eine einmal vollzogene Know-how-Vergabe wegen der geistigen Natur des Know-how nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Der Know-how-Geber hat rechtlich und tatsächlich keine Möglichkeit, seinem ehemaligen Vertragspartner die weitere Benutzung und Verbreitung des Know-how zu verbieten, es sei denn, die Parteien des Know-how-Vertrages haben eine entsprechende Vereinbarung getroffen.¹

Im Hinblick auf eine geplante oder auch nur als möglich in Kauf genommene vorzeitige Vertragsbeendigung müssen daher bereits bei Vertragsabschluß im wesentlichen zwei Dinge geklärt werden:

(1) Soll die Know-how-Vergabe nach dem Willen der Vertragsparteien nur befristet erfolgen, so bedarf es einer genauen Vereinbarung über die Dauer der Know-how-Vergabe. Im übrigen kann die Feststellung, daß die Know-how-Vergabe unbefristet sein soll, für eine zusätzliche Klarheit der Vertragsbeziehungen sorgen.²

Daneben sollten die Parteien in den Vertrag einen abschließenden Katalog aufnehmen, in dem sämtliche Voraussetzungen für eine vorzeitige, einseitige Vertragsauflösung aufgezählt sind.

1) Vgl. ORGALIME, Know-how-Leitfaden, a.a.O., Nr. 47; MOUSSERON, Cah.dr.ent., 1972, Nr. 1, S. 43 f.

2) Von einer Befristung der Know-how-Vergabe, wie sie z.B. Art. 22 des VDMA-Mustervertrages, a.a.O., vorsieht, zu unterscheiden sind grundsätzlich die Bestimmungen über das Inkrafttreten des Vertrages sowie die Fälligkeit oder Dauer einzelner Vertragspflichten, wie z.B. die Pflicht zur Mitteilung des Know-how, die Zahlungspflicht, die Geheimhaltungspflicht oder evtl. Wettbewerbsverbote. Auf diese Unterscheidung weist vor allem MOUSSERON, a.a.O., S. 44, hin.

(2) In den Fällen einer befristeten Know-how-Vergabe oder einer vorzeitigen Vertragsauflösung,¹ ist der Know-how-Geber nach Vertragsbeendigung regelmäßig nicht bereit, dem Know-how-Nehmer die weitere Benutzung des Know-how zu gestatten, jedenfalls nicht unentgeltlich. Der Know-how-Geber sollte deshalb in den Vertrag eine Bestimmung aufnehmen, die dem Know-how-Nehmer verbietet, in allen Fällen vom Know-how-Geber unverschuldeter Vertragsbeendigung das Know-how vom Zeitpunkt des Vertragsablaufs oder der vorzeitigen Vertragsauflösung an zu benutzen. Zum Schutze der Interessen des Know-how-Gebers ist es zusätzlich erforderlich, sicherzustellen, daß der Know-how-Nehmer grundsätzlich auch nach Vertragsbeendigung an die Geheimhaltungspflichten² gebunden bleibt. Außerdem sollte vorgesehen werden, daß der Know-how-Nehmer nach Vertragsbeendigung dem Know-how-Geber sämtliche anlässlich der Know-how-Vergabe übergebenen Unterlagen einschließlich der angefertigten Kopien zurückzugeben oder zu vernichten hat.

II. Die Haftung der Vertragsparteien

Mit dem Zustandekommen des Know-how-Vertrages werden die Parteien verpflichtet, die darin übernommenen Verpflichtungen vereinbarungsgemäß zu erfüllen. Im Falle der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages stehen dem Gläubiger des verletzten Anspruchs grundsätzlich zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Er kann versuchen, den Primäranspruch gegen den Vertragsschuldner

1) Z.B. durch Kündigung, was grundsätzlich auch bei unbefristeten Know-how-Verträgen möglich ist.

2) Vgl. oben, S. 113 ff.

zwangsweise durchzusetzen oder Sekundäransprüche wegen der Vertragsverletzung geltend zu machen.

Da im Rahmen dieser Arbeit ein Eingehen auf sämtliche im Zusammenhang mit Know-how-Verträgen auftretenden Haftungsfragen unmöglich ist¹, wird sich die Darstellung auf die Hauptschwierigkeiten beschränken.

1. Die Durchsetzbarkeit der Vertragspflichten

Die Durchsetzung einiger typischer Know-how-Vertragspflichten ist in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht mit einer Reihe von Schwierigkeiten behaftet.

a) Die rechtlichen Schwierigkeiten

Ein Know-how-Vertrag setzt sich zu einem großen Teil aus Pflichten zusammen, die auf die Vornahme unvertretbarer Handlungen und Unterlassungen gerichtet sind, wie zum Beispiel die Pflicht zur Mitteilung des Know-how, die Geheimhaltungspflicht und die vertragliche Beschränkung in der Verwendung des Know-how.

Der zwangsweisen Durchsetzbarkeit dieser Pflichten sind sowohl in Deutschland als auch in Frankreich und Belgien rechtliche Grenzen gesetzt; das gilt für die Vollstreckung eines im ordentlichen Erkenntnisverfahren erlangten Titels ebenso wie für das einstweilige Rechtsschutzverfahren.

1) Die bislang ausführlichsten Untersuchungen zur Haftung der Know-how-Vertragsparteien finden sich bei DARGIER de SAINT-VAULRY, op.cit., S. 128 - 168; MAGNIN, op.cit., 1971, Nr. 594 - 622; vgl. ferner: STUMPF, op.cit., Rdnr. 42 - 70. Im belgischen Schrifttum fehlt eine vergleichbare Untersuchung.

In Deutschland folgt aus den §§ 888, 890 ZPO, daß unvertretbare Handlungen sowie Unterlassungen und Duldungen lediglich mittelbar durch die gerichtliche Verhängung von Zwangsgeld oder Zwangshaft beziehungsweise Ordnungsgeld oder Ordnungshaft erzwungen werden können.¹

In Frankreich und Belgien gilt der römischrechtliche Grundsatz, daß niemand zur Vornahme einer höchstpersönlichen Handlung unmittelbar gezwungen werden kann: *nemo potest praecise cogi ad factum*.² Dasselbe gilt bezüglich der rechtlichen Erzwingbarkeit einer Unterlassungs- oder Duldungspflicht. Durch die gerichtliche Anordnung von sog. *astreintes* kann - ebenso wie im deutschen Recht - allein ein indirekter Erfüllungszwang auf den Schuldner ausgeübt werden.³

Bleiben diese Zwangsmittel erfolglos, so beschränken sich die Rechte des Gläubigers im wesentlichen auf die Liquidation des Erfüllungsinteresses.⁴

1) § 888 Abs. 2 ZPO, der die Vollstreckung einer auf eine Dienstleistung gerichteten Verurteilung generell verbietet, ist auf die Pflicht zur Know-how-Mitteilung nicht anwendbar; die Pflicht zur Know-how-Mitteilung stellt nämlich grundsätzlich keine Dienstleistungsverpflichtung dar, vgl. oben, S. 90 f.

2) Vgl. PLANIOL-RIPERT, op.cit., Bd. VII, Nr. 780; de PAGE, op.cit., Bd. III, Nr. 96.

3) Vgl. ZWEIGERT-KÖTZ, op.cit., Bd. II, S. 169 ff, 172, 174. Zur *astreinte* im allgemeinen vgl. PLANIOL-RIPERT, op.cit., Bd. VII, Nr. 787 ff und de PAGE, op.cit., Bd. III, Nr. 160 ff, sowie unten, S. 166. Vgl. dazu, daß die *astreinte* im belgischen Recht im Gegensatz zur ständigen französischen Rechtsprechung keinen Sanktionscharakter besitzt und daher vom Richter nur zum Zweck der Entschädigung für einen drohenden Nichterfüllungsschaden angeordnet werden darf, de PAGE, a.a.O., Nr. 161.

4) Vgl. unten, S. 121 ff.

b) Die tatsächlichen Schwierigkeiten

Ein Know-how-Vertrag enthält eine Reihe von Vertragspflichten, die besonders zeitabhängig sind, so daß bereits kurzfristige Verzögerungen der Erfüllung zu irreparablen Folgen für den Gläubiger führen können. Derartige Pflichten, bei denen die Pünktlichkeit der Leistung bisweilen integrierender Bestandteil des Vertragsinhalts ist, sind vor allem die Pflicht zur Mitteilung des Know-how oder bestimmter Verbesserungen.¹ Der mit einer Zwangsvollstreckung im förmlichen Vollstreckungsverfahren einhergehende Zeitverlust macht eine zwangsweise Durchsetzung dieser Ansprüche oft illusorisch; eine Sicherung dieser Ansprüche im einstweiligen Rechtsschutzverfahren bis zur Erlangung eines vollstreckungsfähigen Titels bedeutet für den Gläubiger angesichts der beschränkten Vollstreckungsmöglichkeiten auch in einfach gelagerten Fällen kaum einen Vorteil.

Ferner enthält ein Know-how-Vertrag Pflichten, bei denen bereits ein einmaliger Verstoß zur Unmöglichkeit führt und eine Vollstreckungsmöglichkeit daher schon aus diesem Grunde ausscheidet. Das Verbot, das Know-how unbefugt an Dritte mitzuteilen, ist eine solche Vertragspflicht. Vorbeugende Rechtsschutzmaßnahmen scheitern in diesen Fällen zumeist an der tatsächlichen Möglichkeit, den Nachweis drohender Nichterfüllung zu führen; denn die zur Sicherung der Geheimhaltung des Know-how vereinbarten flankierenden Schutzvorkehrungen sind allenfalls geeignet,

1) Das trifft z.B. dann zu, wenn das Know-how seinem Inhaber angesichts seiner Beschaffenheit nur zu einem kurzfristigen Wettbewerbsvorteil verhelfen kann. Vgl. zur Wettbewerbsabhängigkeit des Know-how im allgemeinen, oben, S. 31.

einen konkreten Vertragsverstoß nachzuweisen, nicht aber, ihn zu verhindern.

Ganz allgemein bringt nicht zuletzt auch die Anrufung staatlicher Gerichte Nachteile mit sich, welche die Durchsetzbarkeit von Know-how-Vertragspflichten erschweren: Häufig fehlt den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit einschließlich der Handelsgerichtsbarkeit die für die Beurteilung komplexer Know-how-Tatbestände erforderliche Sachkunde; auch sind die Verfahren vor ordentlichen Gerichten erfahrungsgemäß besonders langwierig. Ferner ist der Grundsatz der öffentlichen Verhandlung, der in bestimmten Fällen zwar zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen eingeschränkt werden kann¹, zur Erörterung von Know-how-Streitigkeiten oft nicht interessengerecht. Schiedsvereinbarungen, wie sie in der Praxis der Know-how-Vergabe zwischen Kaufleuten regelmäßig getroffen werden, können zwar größtenteils Abhilfe schaffen; aber die Inanspruchnahme staatlicher Vollstreckungsgewalt bei der Durchsetzung von Schiedsurteilen können auch sie nicht ersetzen.

2. Die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung, insbesondere der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung

In der Praxis der Know-how-Vergabe kommt unter den verschiedenen rechtlichen Haftungsfolgen für eine Vertragsverletzung dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung die größte Bedeutung zu. Eine Rückabwicklung des Know-how-Vertrages, sei es durch Rücktritt, §§ 325, 326 BGB, oder durch Vertragsauflösung, Art. 1184 C.c., führt

1) Vgl. z.B. § 172 Ziff. 2 GVG.

angesichts der fehlenden Rückgabefähigkeit des Know-how-Besitzes für den Know-how-Geber zu keiner interessengerechten Lösung;¹ auch bietet sie keinen Ausgleich für die infolge der Nichterfüllung erlittenen Nachteile. Die Kündigung des Vertrages kann allenfalls für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit die erforderlichen Konsequenzen aus einer Vertragsverletzung ziehen. Im folgenden soll daher allein der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung näher untersucht werden.

a) Die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (*dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*) richten sich im BGB wie im Code civil mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts: Es muß eine objektive Vertragsverletzung vorliegen; außerdem muß der Schuldner grundsätzlich ursächlich und schuldhaft gehandelt haben.

Hinsichtlich der Vertragsverletzung wird im deutschen allgemeinen Schuldrecht zwischen Verzug, §§ 326, 284 BGB, Unmöglichkeit, §§ 325, 280 BGB, und sog. positiver Vertragsverletzung unterschieden. Der in Frankreich und Belgien geltende Code civil kennt dagegen nur einen zentralen Begriff der Nichterfüllung: die *inexécution*, Art. 1142, 1147, 1184 C.c.² Der Code civil setzt allerdings für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs voraus, daß sich der Schuldner in Verzug (*en demeure*) befindet, Art.

1) Vgl. oben, S. 116.

2) Vgl. FERID, *op.cit.*, Bd. I, Anm. 2 C 1 ff; MAZEAUD, *op.cit.*, Bd. II, Nr. 396 ff; DEKKERS, Bd. II, Nr. 111 ff.

1146, 1139 C.c. Dies gilt ausnahmsweise nicht, wenn es sich um eine Unterlassungspflicht handelt, Art. 1145 C.c., oder wenn die Erfüllung bereits unmöglich geworden ist, wie z.B. bei einer Verpflichtung mit Fixgeschäftcharakter, Art. 1146 a.E. C.c.

Ob im konkreten Fall eine Vertragsverletzung vorliegt, kann stets nur an Hand des Inhalts der jeweiligen Vertragspflicht beantwortet werden.

Die Vertragsverletzung muß grundsätzlich vom Schuldner verschuldet sein.¹ Allerdings können die Vertragsparteien auch eine abweichende Vereinbarung treffen, in welcher der Schuldner eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung übernimmt; umgekehrt kann die Haftung aber auch vom Vorliegen eines qualifizierten Verschuldens, z.B. Vorsatz, abhängig gemacht werden.

Sämtliche Anspruchsvoraussetzungen müssen grundsätzlich vom Gläubiger nachgewiesen werden. Für das Verschulden gilt gemäß § 282 BGB allerdings eine Verschuldensvermutung ^{zu Lasten} des Schuldners.² Dagegen gibt es weder für den Nachweis der objektiven Vertragsverletzung noch die Ursächlichkeit der Verletzungshandlung eine vergleichbare Beweiserleichterung.

-
- 1) Dieses Verschuldenserfordernis, das sich in Deutschland aus § 276 BGB ergibt, ist in Frankreich und Belgien, obgleich der Code civil zu dieser Frage keine ausdrückliche Bestimmung enthält, in Literatur und Rechtsprechung anerkannt, vgl. FERID, op.cit., Bd. I, Anm. 2 C 14 ff m.w.N.
 - 2) Im Code civil gibt es keine entsprechende Bestimmung; für die sog. "obligation de résultat" im Gegensatz zur bloßen "obligation de moyen" ist allerdings in Literatur und Rechtsprechung eine vergleichbare Verschuldensvermutung des Schuldners anerkannt. Vgl. FERID, op.cit., Anm. 2 C 97 - 99, m.w.N.

b) Der Anspruchsinhalt

Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung kann entweder auf Naturalherstellung oder Geldersatz gerichtet sein.

Die tatsächliche Beseitigung der Verletzungsfolgen ist aus der Sicht des Gläubigers in der Regel am zweckmäßigsten; bei Know-how-Verträgen ist eine Naturalherstellung aber häufig praktisch nicht durchsetzbar. Vielfach, vor allem bei Verstößen gegen bestimmte Unterlassungspflichten, ist eine tatsächliche Wiederherstellung nicht mehr möglich. So können z.B. die unbefugte Mitteilung des Know-how an einen Dritten nicht rückgängig gemacht werden oder die Folgen des Verstoßes gegen eine Ausschlusslichkeitsvereinbarung nachträglich nicht beseitigt werden.

Es gibt allerdings Fallgestaltungen, in denen die Geltendmachung eines Beseitigungsanspruchs durchaus angezeigt sein kann, und zwar auch dann, wenn es sich um die Verletzung einer Unterlassungspflicht handelt. Wurde z.B. das Know-how über den vertraglich zugestandenen Rahmen hinaus benutzt, gegen eine Produktionsbeschränkung verstoßen oder bei der Anwendung des Know-how der geforderte Qualitätsstandard nicht eingehalten, so kann Beseitigung der unter Verletzung dieser Vertragspflichten hergestellten Produkte verlangt werden.

In allen Fällen, in denen eine Naturalherstellung nicht möglich oder nicht interessengerecht ist, kann der Gläubiger einen Geldbetrag als Ausgleich für den ihm entstandenen Schaden verlangen. Dieser Ersatzanspruch umfaßt den Ausgleich sämtlicher durch die Vertragsverletzung entstandenen Vermögensnachteile.¹

1) Dies ergibt sich aus dem im BGB und im Code civil geltenden Grundsatz der Totalreparation (réparation inté-

c) Die Schadensberechnung

Die exakte Berechnung des ersatzfähigen Schadens wirft in der Praxis jedoch einige Probleme auf. Das trifft vor allem dort zu, wo die Vertragsverletzung zu einer Beeinträchtigung des Know-how geführt hat und die dadurch entstandenen Vermögensnachteile genau beziffert werden müssen.

(1) In Deutschland ist der Schaden - und zwar sowohl der eigentliche Verletzungsschaden als auch der sog. Folgeschaden¹ - grundsätzlich konkret, d.h. gemäß den Vermögenseinbußen zu berechnen, die der Geschädigte im Einzelfall tatsächlich erlitten hat.² Bei der Schadensberechnung ist daher auf die Differenz zwischen der realen Vermögenslage des Geschädigten und der Vermögenslage, die ohne das Schadensereignis bestehen würde, abzustellen.³ Daraus folgt unter anderem, daß ein möglicher Verletzergewinn generell nicht ersatzfähig ist.⁴ Stützt sich der

grale), der besagt, daß der Schuldner den Gläubiger so zu stellen hat, wie wenn die Vertragsverletzung nicht erfolgt wäre. Vgl. ESSER, op.cit., Bd. 1, § 40, II, 3; MARTY-RAYNAUD, op.cit., II, Nr. 514.

- 1) Vgl. FIKENTSCHER, op.cit., § 55, III.
- 2) Vgl. LARENZ, op.cit., Schuldrecht, Bd. I, § 29, III, a.
- 3) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, op.cit., Vorbem. v. § 249 Anm. 4.
- 4) Die von der Rechtsprechung für die Verletzung einzelner Immaterialgüterrechte entwickelte sog. dreifache Schadensberechnungsweise findet auf vertragliche Schadensersatzansprüche keine Anwendung, vgl. PALANDT-HEINRICHS, op.cit., Vorbem. v. § 249 Anm. 2 e. Ob die dreifache Berechnungsweise im außervertraglichen Bereich auf das Know-how anwendbar ist, ist von der Rechtsprechung bislang noch nicht ausdrücklich entschieden worden: für den Bereich des § 18 UWG, der Schutz gegen die sog. Vorlagenfreibeuterei bietet, hat der BGH in einem Urteil v. 17.5.1960, GRUR 1960, 554, eine Anwendung dieser Grundsätze ausdrücklich abgelehnt. Vgl. zur gesamten Problematik die eingehenden Ausführungen bei PFISTER, op.cit., S. 142 ff, der sich mit beachtlichen Argumenten für eine Anwendung der dreifachen Schadensberechnungsweise auch auf den Bereich des Know-how ausspricht.

Schadensersatzanspruch bei einem gegenseitigen Vertrag auf die §§ 325, 326 BGB, so ist der Nichterfüllungsschaden auf der Grundlage der Differenz- oder Austauschtheorie zu ermitteln.¹

Ausnahmsweise kann der Schaden, soweit er z.B. einen entgangenen Gewinn des Geschädigten betrifft, unter den Voraussetzungen des § 252 Satz 2 BGB auch abstrakt berechnet werden.²

Der Schaden muß durch das zum Schadenersatz verpflichtende Ereignis verursacht worden sein (sog. haftungsbegründende Kausalität); außerdem muß der Schaden gerade eine Folge dieser tatbestandsmäßigen Vertragsverletzung sein (sog. haftungsausfüllende Kausalität).³

Die Beweislast für die Schadensentstehung, Schadensverursachung und Schadenshöhe liegt grundsätzlich beim Geschädigten. Allerdings besteht für den Geschädigten im Hinblick auf die Entstehung und die Höhe des Schadens gemäß § 287 ZPO eine erleichterte Beweisführung.⁴

Eine exakte Bezifferung der im konkreten Fall durch die Know-how-Verletzung erlittenen Vermögenseinbußen wird dadurch erschwert, daß es nicht möglich ist, der Schadensberechnung einen objektiven Wert des Know-how zugrunde zu legen. Zwar kann in bestimmten Fällen das von den Parteien im Know-how-Vertrag für die Know-how-Vergabe vereinbar-

1) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 325 Anm. 3 und § 326 Anm. 8, m.w.N.

2) Vgl. LARENZ, op.cit., Schuldrecht, Bd. 1, § 29, IV; PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 252 Anm. 3b.

3) Vgl. ESSER, op.cit., Bd. 1, § 44, I.

4) Vgl. hinsichtlich der materiellrechtlichen Beweiserleichterungen LARENZ, op.cit., Schuldrecht, Bd. 1, § 29, IV.

te Entgelt für die Wertbemessung des Know-how ein gewisses Indiz darstellen; aber wenn sich die Know-how-Vergabe - wie so häufig - nur auf einen beschränkten räumlichen oder sachlichen Anwendungsbereich bezieht oder das Entgelt aus einer vom wirtschaftlichen Verwertungserfolg abhängigen Proportionale besteht, ist das Entgelt als Bemessungsgröße kaum noch verwendbar. Hinzukommt, daß der Wert des Know-how auf Grund seines spezifisch wettbewerbsabhängigen und subjektiven Charakters starken zeitlichen Schwankungen unterworfen ist; eine exakte Schadensberechnung wird daher zusätzlich noch dadurch erschwert, daß der Wert des Know-how gerade im Zeitpunkt der Vertragsverletzung errechnet werden muß. Wird das Know-how nur teilweise beeinträchtigt, so z.B. wenn das Know-how unerlaubter Weise in den Besitz lediglich eines Teiles der potentiellen Mitbewerber gelangt oder die übermäßige Know-how-Benutzung sich nur auf einen sachlich abgrenzbaren Teilbereich erstreckt, muß der genaue partielle Wertverlust des Know-how ermittelt werden, den der Geschädigte durch die Vertragsverletzung erlitten hat.

(2) In Frankreich und Belgien gilt für die Schadensberechnung der Grundsatz freier richterlicher Schadensfeststellung.¹ Im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland ist daher hier ein Richter z.B. grundsätzlich nicht daran gehindert, bei der Schadensberechnung auch einen möglicherweise entstandenen Verletzergewinn mitzuberücksichtigen.² Allerdings bedarf auch ein französischer oder belgischer Richter zur Begründung seiner Entscheidung im Einzelfall bestimmter konkreter Anhaltspunkte für die Schadensberechnung, um sich nicht der Gefahr einer willkürlichen Ent-

1) Vgl. FERID, op.cit., Anm. 2 B 131, m.w.N.

2) Vgl. DARGIER de SAINT-VAULRY, op.cit., S. 152, mit einigen Beispielen über Möglichkeiten der Schadensberechnung.

scheidung auszusetzen. Im Ergebnis ist daher auch in Frankreich und Belgien die Schadensberechnung im Falle der Know-how-Verletzung mit denselben durch die Beschaffenheit des Know-how bedingten Schwierigkeiten verbunden.

Hinzukommt, daß der Code civil in den Art. 1150 und 1151 für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zum Schutze des Schuldners zwei weitere allgemeine Anspruchsvoraussetzungen vorsieht, die sich im Falle einer Know-how-Verletzung wegen ihrer Unbestimmtheit zusätzlich besonders nachteilig auf die Schadensfeststellung auswirken: Art. 1150 C.c. bestimmt, daß ein Schaden nur insoweit ersatzfähig ist, als er für den Schuldner voraussehbar gewesen ist, es sei denn, der Schuldner habe vorsätzlich gehandelt; Art. 1151 C.c. bestimmt, daß der Schaden eine unmittelbare und direkte Folge der Nichterfüllung sein muß. Angesichts solch unscharfer Begriffsbestimmungen wie "voraussehbar", "unmittelbar" und "direkt" wird deutlich, mit welchen Unsicherheitsfaktoren eine Schadensberechnung auch in Frankreich und Belgien verbunden ist.¹

3. Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich gemacht, daß weder die allgemeinen Vollstreckungsmöglichkeiten, noch die allgemeinen schuldrechtlichen Haftungsregeln des BGB und des Code civil für den Bereich der Know-how-Vergabe befriedigen können. Für die Parteien eines Know-how-Vertrages besteht daher ein praktisches Bedürfnis, bei Vertragsabschluß durch geeignete Vereinbarungen für die ord-

1) Vgl. MAGNIN, op.cit., 1971, Nr. 614, der sogar die Befürchtung geäußert hat, die Schadensfeststellung könne nur willkürlich erfolgen.

nungsgemäße Erfüllung bestimmter Vertragspflichten und die häufigsten Fälle der Nichterfüllung selbst Vorsorge zu treffen. Dieses Bedürfnis besteht nicht nur für den Gläubiger, sondern auch für den Schuldner eines Know-how-Vertrages, wenn es darum geht, die in der Regel erheblichen Haftungsrisiken kalkulierbar zu machen und in vertretbaren Grenzen zu halten.

Auf diese Notwendigkeit ist im Schrifttum bereits vereinzelte hingewiesen worden;¹ in den meisten Vertragsmustern haben entsprechende Regelungen der Vertragsverletzungsfolgen bislang dagegen kaum Niederschlag gefunden.

Die Möglichkeiten, welcher sich die Parteien eines Know-how-Vertrages zur Erreichung dieses Zwecks bedienen können, sind verschieden. In der Hauptsache handelt es sich um Vereinbarungen über besondere Kündigungs-² und Haftungs-voraussetzungen³ sowie Beweisregeln⁴. Auch die Vereinbarung von Vertragsstrafen kann eine solche Möglichkeit darstellen.

Anknüpfend an die im vorhergehenden aufgezeigten Probleme im Zusammenhang mit der Durchsetzung und der Haftung bei Know-how-Verträgen soll im Rahmen dieser Arbeit allein die Frage untersucht werden, ob und in welchem Umfang die Vereinbarung von Vertragsstrafen zur Lösung dieser Schwierigkeiten etwas beitragen kann.

-
- 1) So vor allem bei MAGNIN, op.cit., 1971, Nr. 543, 608 und 616. Ferner: PLAISANT/SAYN, J.C.C., Fasc. IIIter, 1973, Nr. 51-54; Leitfaden der E.C.E., a.a.O., Rdnr. 73-84, wo es u.a. heißt, daß es im Interesse der Sicherheit ratsam sei, "im Vertrag ausdrücklich die den Parteien zustehenden Rechte für die häufigsten Fälle der Nichterfüllung vorzusehen."
 - 2) Vgl. VDMA-Mustervertrag, a.a.O., Art. 23; MAGNIN, op.cit., 1974, S. 410, Art. 24; ORGALIME - Muster - Know-how-Vertrag, a.a.O., Nr. 47.
 - 3) Vgl. VDMA-Mustervertrag, a.a.O., Art. 6 Abs. I-III; MAGNIN, op.cit., 1974, S. 403, 404, Art. 6 und 7; Leitfaden E.C.E., a.a.O., Rdnr. 84.
 - 4) Vgl. Leitfaden E.C.E., a.a.O., Rdnr. 41, 42.

B. Die Vertragsstrafe als Lösungsansatz

Eine Untersuchung der in Deutschland, Frankreich und Belgien veröffentlichten Know-how-Vertragsmuster¹ sowie desjenigen Teils der Vertragspraxis, in welchen der Verfasser persönlich Einblick nehmen konnte², ergibt, daß die Vertragsstrafe als Mittel zur Gestaltung von Know-how-Verträgen nur vereinzelt eingesetzt wird. In den seltenen Fällen, in denen Vertragsstrafen vereinbart werden, werden sie überwiegend zur Sicherung von Wettbewerbsabreden vereinbart, einem Gebiet also, auf dem die Vertragsstrafe auch sonst häufig Verwendung findet.

Diese Tatsache dürfte im wesentlichen darauf zurückzuführen sein, daß der Wert der Vertragsstrafe speziell auf dem Sektor der Know-how-Vergabe noch nicht in vollem Umfang erkannt worden ist. Aussagen zahlreicher, mit der Gestaltung von Know-how-Verträgen befaßter Vertragsjuristen haben indessen eine grundsätzliche Bereitschaft erkennen lassen, die Vertragspraxis in Zukunft möglichen neuen Erkenntnissen auf diesem Gebiet anzupassen.³

Das in den hier interessierenden Ländern zum Know-how-Vertrag ergangene Schrifttum erwähnt die Vertragsstrafe nur am Rande und stellt die verschiedenen Funktionen der Vertragsstrafe regelmäßig nur unvollständig dar. Überwiegend wird der Wert der Vertragsstrafe als ein Mittel

1) Vgl. dazu im Literaturverzeichnis.

2) Vgl. dazu S. 72.

3) Diesen Eindruck konnte der Verfasser vor allem im persönlichen Gespräch mit den Know-how-Vertrags-Experten STUMPF (D), FRELON (F) und DEMIN (B) gewinnen.

antizipierter Schadensberechnung betont.¹ Nur selten wird in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit der Vertragsstrafe als Druckmittel zur Erfüllungssicherung² oder als Mittel zur Haftungsbegrenzung³ hingewiesen.

Im vorliegenden Abschnitt soll eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vertragsstrafe zunächst Aufschluß über die rechtlichen Grundlagen und die Funktionsweise dieses Vertragsinstituts geben.

I. Das Institut der Vertragsstrafe

Methodisch gliedert sich die folgende Untersuchung zunächst in eine Darstellung der Vertragsstrafe in den hier interessierenden Ländern Deutschland, Frankreich und Belgien getrennt nach einzelnen Länderberichten. Im Anschluß daran sollen in einem Rechtsvergleich die wesentlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede dieses Rechtsinstituts dargestellt werden.

- 1) Bei MAGNIN, op.cit., 1971, Nr. 622, kommt dies am deutlichsten zum Ausdruck: "Le recours dans un contrat de know-how à une clause pénale fixant conventionnellement et à l'avance une somme forfaitaire à la charge de l'une ou l'autre des parties en cas d'inexécution de ses obligations, permet d'éviter les contestations que ne manquent pas de susciter, en général, l'évaluation d'un dommage." Vgl. ferner POLLZIEN in POLLZIEN/LANGEN, op.cit., S. 14; de CROY in POLLZIEN/LANGEN, op.cit., S. 59; MOUSSERON, Cah.dr.enr., 1972, Nr. 1, S. 44; E.C.E. - Leitfaden, a.a.O., Rdnr. 75.
- 2) Vgl. Art. 2 Abs. II des VDMA - Muster - Know-how-Vertrags, a.a.O.; GAUL-BARTENBACH, op.cit., 1973, Anm. Q 20, 22; PLAISANT/SAYN, J.C.C., Fasc. IIIter, 1973, Nr. 53.
- 3) Vgl. E.C.E. - Leitfaden, a.a.O., Rdnr. 74.

1. Länderberichte

a) Deutschland

(1) Begriff und Anwendungsbereich der Vertragsstrafe

In Deutschland gibt es keine gesetzliche Definition der Vertragsstrafe: Zwar hat der Gesetzgeber in den §§ 339 - 345 BGB verschiedene Rechtsfolgen der Vertragsstrafe geregelt, aber er hat den Begriff der Vertragsstrafe nicht selbst definiert, sondern vielmehr vorausgesetzt.

Gleichwohl besteht Einigkeit über den Begriff der Vertragsstrafe, der häufig auch synonym als Konventionalstrafe¹ oder als unselbständiges Strafversprechen² bezeichnet wird.

Die Vertragsstrafe ist ein Vertrag³, durch den sich der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einer Verbindlichkeit zur Erbringung einer meist in Geld bestehenden Leistung verpflichtet.⁴ Nach herrschender Meinung ist unter einer Vertragsstrafe allerdings nur das unselbständige, an eine Hauptverbindlichkeit angelehnte Strafversprechen zu verstehen.⁵ Aus

1) Vgl. ENNECCERUS-LEHMANN, op.cit., Bd. II, S. 159; LARENZ, op.cit., Bd. I, § 24, II, a; STAUDINGER-WERNER, op.cit., Vorbem. I zu § 339.

2) Vgl. die in der vorangehenden Fußn. angeführte Literatur, a.a.O.

3) Dadurch, daß die Vertragsstrafe private Interessen sichert und auf privatrechtlichem Vertrag beruht, unterscheidet sie sich von der öffentlichen Strafe. Vgl. SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL, op.cit., § 348 Rdnr. 8.

4) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, op.cit., Vorbem. v. § 339, Anm. 1a, und ERMAN-WESTERMANN, op.cit., Vor §§ 339 - 345, Rdnr. 2, 3, mit jeweils weiteren Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen.

5) Vgl. die oben angegebene Literatur, a.a.O.; a.A. ist LINDACHER, op.cit., S. 66 ff.

dieser Abhängigkeit der Vertragsstrafe - auch als Akzessorietät bezeichnet - folgt, daß der Strafanspruch eine wirksame Hauptverbindlichkeit voraussetzt.¹

Hauptanwendungsbereiche der Vertragsstrafe sind in der Praxis neben einer Vielzahl von Einzelverträgen vor allem die von der Kautelarjurisprudenz aufgestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen.² Unter den Einzelverträgen finden sich Vertragsstrafen am häufigsten bei Wettbewerbsvereinbarungen, insbesondere bei Wettbewerbsverboten.³

Im folgenden soll allein die Vertragsstrafe als Gegenstand von Individualverträgen behandelt werden. Die besondere Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann ausgespart bleiben, da sie für die Know-how-Vergabe ohne praktische Bedeutung ist.

(2) Funktionen der Vertragsstrafe

Folgt man der in der Literatur und Rechtsprechung herrschenden Auffassung, so ist die Vertragsstrafe vom Gesetzgeber mit einer doppelten Zweckrichtung geschaffen worden:

- 1) Vgl. ERMAN-WESTERMANN, a.a.O.; STAUDINGER-WERNER, op. cit., Vorbem. I zu § 339. Zu den Folgen der Akzessorietät vgl. ferner unten, S. 142.
- 2) Vgl. zu dem besonderen Problem der Behandlung von Vertragsstrafen in AGB oder Formularverträgen BELKE, in DB 1969, S. 559 - 565 und 603 - 606 sowie LINDACHER, op. cit., S. 200 ff. m.w.N.
- 3) Vgl. ERMAN-WESTERMANN, op.cit., Vor §§ 339 - 345, Rdnr. 2. Auch in Arbeitsverträgen kommt die Vertragsstrafe als Druckmittel gegen Vertragsbruch häufig vor; vgl. zu den besonderen arbeitsrechtlichen Aspekten der Vertragsstrafe BÖTTICHER, ZfA 1970, S. 3 ff. und LÖWISCH-WÜRTEMBERGER, Jus 1970, S. 261 ff.

Einmal soll die Vertragsstrafe den Schuldner von einer Vertragsverletzung abschrecken. Die Vertragsstrafe wird dadurch mittelbar zu einem Druckmittel, um die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu sichern.¹ Die Höhe der Vertragsstrafe ist für diesen Fall so zu bemessen, daß dem Schuldner daran gelegen sein muß, ihre Verwirkung zu vermeiden.

Zum anderen soll die Vertragsstrafe dem Gläubiger der Hauptverbindlichkeit für den Fall ihrer Verletzung den Schadensnachweis erleichtern oder ganz ersparen.² Auf diese Weise kann sich der Gläubiger der Hauptverbindlichkeit einen wirtschaftlichen Ersatz insbesondere auch für solche ihm durch eine Vertragsverletzung entstehenden Nachteile sichern, die entweder als Nichtvermögensschaden grundsätzlich nicht ersatzfähig wären³ oder deren Höhe im Einzelfall nur schwer oder überhaupt nicht nachgewiesen werden können.

Die Vertragsstrafe besitzt darüber hinaus in bestimmten Fällen noch eine weitere dritte Funktion: Dadurch, daß der Schuldner für den Fall der Vertragsverletzung die Bezahlung eines der Höhe nach bestimmten Geldbetrages verspricht, kann die Vertragsstrafe eine Haftungsbeschrän-

1) Das ist die hM. Vgl. BGHZ 49, 89 = NJW 1958, 1483 und BGH NJW 1975, 163, 164. Ferner: PALANDT-HEINRICHS, op. cit., Vorbem. v. § 339, Anm. 1a; ERMAN-WESTERMANN, op. cit., vor §§ 339-345, Rdnr. 1; ENNECERUS-LEHMANN, op. cit., Bd. II, S. 159 ff; STAUDINGER-WERNER, op. cit., Vorbem. I zu § 339. Nach Auffassung von LINDACHER, op. cit., S. 55 ff, dient dagegen die Vertragsstrafe allein dem Zweck der Erfüllungssicherung.

2) Vgl. die in der vorstehenden Fußnote angegebenen Rechtsprechungs- und Literaturhinweise.

3) Vgl. § 253 BGB sowie den bei LARENZ, op. cit., Bd. I, § 24, II, a, gebildeten Beispielsfall.

kung bewirken¹. Damit eine solche haftungsbeschränkende Wirkung eintritt, bedarf es allerdings einer besonderen Vereinbarung, da gemäß §§ 340 Abs. 2 Satz 2, 341 Abs. 2 BGB die Geltendmachung eines weiteren Schadens neben der Vertragsstrafe grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist.²

Welchen dieser drei Zwecke die Parteien einer Vertragsstrafenabrede im Einzelfall verfolgen, kann nicht abstrakt beantwortet werden. Entscheidend dafür ist vielmehr der von Fall zu Fall zu ermittelnde Parteiwille. Erfahrungsgemäß verbinden die Parteien mit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe nicht nur einen, sondern gleichzeitig mehrere der genannten Zwecke.

(3) Abgrenzung gegenüber ähnlichen Rechtsgebilden

Neben der Vertragsstrafe kennt die Vertragspraxis eine Reihe ähnlicher Rechtsgebilde, mit denen vielfach dieselben Ziele wie mit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe verfolgt werden können. Es handelt sich dabei durchweg um Rechtsschöpfungen der Privatautonomie, für die kaum spezielle gesetzliche Bestimmungen vorhanden sind; in einigen Fällen werden allerdings die für die Vertragsstrafe geltenden gesetzlichen Bestimmungen analog herangezogen.

(a) Das selbständige Strafversprechen

Das selbständige Strafversprechen ist ein bedingtes Leistungsversprechen ohne Abhängigkeit von einer Hauptver-

1) Dieser Aspekt hat in der deutschen Lehre bislang noch keine Beachtung gefunden. Zur Lage in Frankreich und Belgien vgl. unten, S. 165 und 194.

2) Vgl. dazu, daß es sich bei den §§ 340, 341 BGB um nachgiebiges Recht handelt, PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 340, Anm. 1.

bindlichkeit¹ und dient dazu, das Verhalten eines Dritten zu sichern.² Da der Versprechende zur Erfüllung des in Aussicht gestellten Verhaltens nicht verpflichtet ist und es im Gegensatz zur Vertragsstrafe an einer erzwingbaren Hauptverbindlichkeit fehlt, bedeutet das Strafversprechen bei Bedingungseintritt für den Versprechensempfänger eine Entschädigung für eine nichterfüllte Erwartung.³

Wegen der Ähnlichkeit mit der Vertragsstrafe finden auf das selbständige Strafversprechen zum Teil die gesetzlichen Bestimmungen über die Vertragsstrafe Anwendung. Gemäß § 343 Abs. 2 BGB kann die verwirkte Strafe ebenso wie beim unselbständigen Strafversprechen durch richterliches Gestaltungsurteil herabgesetzt werden, falls sie unverhältnismäßig hoch ist. Aus § 344 BGB folgt, daß das Strafversprechen unwirksam ist, wenn dadurch ein indirekter Rechtszwang auf die Erfüllung einer nicht geschuldeten Leistung ausgeübt wird, falls das Gesetz das Versprechen dieser Leistung für unwirksam erklärt.⁴

Außerdem soll nach herrschender Meinung eine selbständig versprochene Strafe grundsätzlich nur dann verwirkt sein, wenn der Versprechende die Nichtvornahme der in Aussicht gestellten Handlung nach den allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat;⁵ eine entsprechende Anwendung von § 339 BGB ist daher geboten.

1) Vgl. SIEBERT-SCHMIDT, op.cit., § 339 Rdnr. 2; ENNECCERUS-LEHMANN, op.cit., Bd. II, S. 160.

2) Vgl. BGH, NJW 1967, 1319.

3) Vgl. LARENZ, op.cit., § 24, II, b.

4) Vgl. BGH NJW 1971, 93 (94); LARENZ, a.a.O.; PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 344 Anm. 1 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

5) Vgl. RGZ 95, 203; LARENZ und ENNECCERUS-LEHMANN, a.a.O.

(b) Das Garantieverprechen

Beim Garantieverprechen hat der Versprechende für einen bestimmten Erfolg oder für einen bestimmten Schaden einzustehen, nicht soll dagegen das Garantieverprechen ein künftiges Verhalten des Versprechenden sichern. Die §§ 339 ff BGB sind hier deshalb unanwendbar.¹

(c) Die Verfallklausel

Während der Schuldner beim Strafversprechen eine zur Hauptleistung hinzutretende, meist in Geld bestehende Leistung zu erbringen hat, geht die Verfallklausel dahin, daß der Schuldner bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung eigene Rechte verliert.²

Auf Verfallklauseln sind die §§ 339 ff BGB grundsätzlich entsprechend anzuwenden, da der Unterschied zwischen zusätzlicher Leistung und dem Wegfall von Rechten keine unterschiedliche sachliche Behandlung rechtfertigt.³

1) Vgl. ERMAN-WESTERMANN, op.cit., Rdnr. 9 vor § 339, m.w.N.

Die Vereinbarung einer Mindest-Know-how-Gebühr (vgl. oben, S. 109) enthält die Garantiezusage, den vereinbarten Mindestbetrag auch dann zu leisten, wenn ein wirtschaftlicher Erfolg bei der Know-how-Verwertung nicht in dem erwarteten Umfang eingetreten ist. Vgl. GAUL-BARTENBACH, op.cit. 1973, Anm. K 265 für die Mindestlizenzgebühr.

2) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, op.cit., Vorbem. vor 339 Anm. 2 b. Ist der Verlust sämtlicher Rechte aus dem Vertrag vereinbart, so gilt das im Zweifel gem. § 360 BGB als Rücktrittsvorbehalt.

3) So die h.M. in Lit. und Rspr.; vgl. ESSER, op.cit., I, § 25, III, 1; ERMAN-WESTERMANN, op.cit., vor § 339, Rdnr. 7; RGZ 68, 42; BGH NJW 1960, 1568; a.A. STAUDINGER-WERNER, op.cit., Erl. II, 2 vor § 339.

(d) Das Reuegeld

Durch die Vereinbarung eines Reuegeldes erwirbt der Schuldner das Recht, sich um den Preis des Reuegeldes vom Vertrag einseitig zu lösen.¹ Das Rücktrittsrecht gegen Reuegeldleistung unterliegt den §§ 346 ff BGB,² die Verbindung eines Rücktrittsrechts mit einer Vertragsstrafe ist jedoch zulässig.³

(e) Der pauschalierte Schadensersatz

Die Abrede über pauschalierten Schadensersatz soll dem Gläubiger eines Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung oder Schlechterfüllung den Schadensnachweis ersparen und an dessen Stelle einen Anspruch auf die vereinbarte Pauschale setzen.⁴

Die rechtliche Einordnung der Abrede über die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten. Während zum Teil die Schadenspauschale als Vertragsstrafe angesehen wird,⁵ versteht die neuere Rechtsprechung⁶ mit Zustimmung eines Teils der Literatur⁷ pauschalierte Schadensersatzabreden als Abreden sui generis.

-
- 1) Vgl. LINDACHER, op.cit., S. 196, der gleichzeitig darauf hinweist, daß Vertragsstrafe und Reuegeld diametral entgegengesetzten Zielen dienen.
 - 2) Vgl. ERMAN-WESTERMANN, op.cit., Rdnr. 8 vor 339; SIEBERT-SCHMIDT, op.cit., Bem. 1 zu § 359.
 - 3) Vgl. SIEBERT-SCHMIDT, a.a.O.
 - 4) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, op.cit., Vorbem. v. § 339, Anm. 2 f, und § 276, Anm. 5 A b, m.w.N.
 - 5) Vgl. z.B. OLG Celle, NJW 1963, 351; BELKE, DB 1969, 559/561.
 - 6) Vgl. BGHZ 49,84; BGH NJW 1970, 29; BAG NJW 1967, 751.
 - 7) Vgl. die zahlreichen Literaturhinweise bei LINDACHER, op.cit., S. 13, Fußn. 4.

Nach Ansicht dieser Rechtsprechung liegt eine Vertragsstrafenvereinbarung vor, wenn die Zahlung des versprochenen Betrages in erster Linie die Erfüllung des Hauptvertrages sichern und auf den Vertragsgegner einen möglichst wirkungsvollen Druck ausüben soll.¹ Dagegen liegt eine pauschalierte Schadensersatzabrede vor, wenn damit die vereinfachte Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Vertragsanspruchs bezweckt ist.²

Die Bedeutung dieser Differenzierung liegt vor allem darin, daß die Vertragsstrafe gem. § 343 BGB herabgesetzt werden kann, während die Schadensersatzpauschale mangels einer entsprechenden ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der richterlichen Kontrolle auf Grund von § 343 BGB nicht unterliegt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung³ wendet auf die Schadensersatzpauschale § 343 BGB auch nicht analog an.

Gegen diese Rechtsprechung hat sich unter anderen LINDACHER⁴ mit der Begründung gewandt, der Gläubiger verfolge nahezu immer beide Ziele, da es ihm mit dem Ausbedingen einer Vertragsstrafe in aller Regel auch darauf ankomme, im Strafverwirkungsfall seinen etwaigen Schaden pauschal abzudecken.⁵ Im übrigen ist LINDACHER⁶ der Ansicht, daß § 343 BGB auf die Schadensersatzpauschale jedenfalls entsprechend angewendet werden müsse, da inso-

1) Vgl. BGHZ 49, 84 (89).

2) Vgl. BGH, NJW 1970, 29 (32).

3) Vgl. oben, S. 138, Fußn. 6.

4) Op.cit., S. 179 ff.

5) Dieselben Einwände werden auch von HERTIN, MDR 1969, 816 (817) erhoben.

6) Op.cit., S. 168 ff, insbes. S. 171.

weit eine vergleichbare Interessenlage mit der Vertragsstrafe bestehe.¹

Eine Auseinandersetzung mit dieser aktuellen Streitfrage kann mit Rücksicht darauf, daß Know-how-Verträge regelmäßig nur zwischen Kaufleuten zustande kommen, hier dahingestellt bleiben; denn im kaufmännischen Verkehr ist gem. § 348 HGB eine richterliche Kontrolle der Vertragsstrafe ohnehin ausgeschlossen, so daß für eine analoge Anwendung des § 343 BGB kein Raum bleibt.²

(f) Der Schadensbeweisvertrag

Ein Schadensbeweisvertrag soll den Schuldner von dem Nachweis, daß tatsächlich kein oder nur ein geringerer Schaden entstanden ist, ganz oder teilweise befreien.³ Ein solcher Beweislastvertrag ist grundsätzlich zulässig.⁴ Einer besonderen richterlichen Kontrolle wie die Vertragsstrafe unterliegt ein Schadensbeweisvertrag nicht. Allerdings darf auch er nicht gegen zwingendes Recht verstoßen. Vor allem gilt es gem. § 242 BGB den Grundsatz von Treu und Glauben zu berücksichtigen. Dieser Grundsatz verbie-

-
- 1) Derselben Auffassung ist die überwiegende Literatur, wie z.B. HERTIN, a.a.O., STAUDINGER, op.cit., § 343 Anm. 13, PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 276 Anm. 5 A b, BELKE, DB 1969, 559 ff, 603 ff, aber auch ein Teil der Rechtsprechung, wie z.B. OLG Celle, NJW 1963, 351 und LAG Düsseldorf, DB 1973, 85. Vgl. auch das Urteil des OLG Köln, NJW 1974, 1953.
 - 2) Vgl. LINDACHER, op.cit., S. 138 ff. Vgl. zur gesamten Problematik von pauschalisiertem Schadensersatz und Vertragsstrafe auch den Beitrag von BEUTHIEN in Festschrift für KARL LARENZ zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 494 - 516, und die krit. Anm. dazu von MEDICUS, NJW 1974, 539.
 - 3) Vgl. LINDACHER, op.cit., S. 153 ff.
 - 4) Vgl. ROSENBERG, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, § 7, III, 4; BAUMBACH-LAUTERBACH, op.cit., Anh. § 282 Anm. 1 B.

tet insbesondere, daß einem Vertragspartner die Beweislast für Umstände aufgebürdet werden, welche im Verantwortungsbereich der Gegenpartei liegen.¹

(4) Die rechtlichen Grundlagen der Vertragsstrafe

Der deutsche Gesetzgeber hat die Vertragsstrafe hauptsächlich in den §§ 339 bis 345 BGB geregelt; daneben findet sich in den §§ 348, 351 HGB eine für den kaufmännischen Bereich besonders wichtige Sonderbestimmung.

Der Inhalt dieser Normen läßt sich wie folgt darstellen:

1. § 339 BGB bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Vertragsstrafe verwirkt ist.
2. Die §§ 340 - 342 BGB regeln den Inhalt der Rechte des Gläubigers im Falle der Verwirkung der Vertragsstrafe, insbesondere das Verhältnis der verwirkten Strafe zum Erfüllungsanspruch und Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung.
3. § 343 BGB verordnet das richterliche Ermäßigungsrecht. Diese sog. Billigkeitskontrolle gilt gem. §§ 348, 351 HGB jedoch nicht unter Kaufleuten.
4. § 344 BGB bestimmt die Unwirksamkeit des Strafversprechens für den Fall, daß das Versprechen der Hauptleistung nach dem Gesetz unwirksam ist.
5. § 345 BGB enthält eine Beweislastregel.

1) Vgl. BGH, NJW 1973, 1192 (1193). Dagegen qualifiziert LINDACHER, op.cit., S. 168, Fußn. 38, Schadensbeweissverträge, bei denen es an einer echten Gegenbeweismöglichkeit von vornherein fehlt, als Vertragsstrafen, die an § 343 BGB gemessen werden müßten.

(a) Die Wirksamkeitsvoraussetzungen

Für das Zustandekommen einer Vertragsstrafe bedarf es einer wirksamen Einigung, § 305 BGB. Die inhaltlichen Mindestvoraussetzungen einer solchen Einigung sind die Bestimmung der Parteien, der gesicherten Verbindlichkeit und die Festsetzung der Vertragsstrafe. Im übrigen gilt für die Vereinbarung eines Strafversprechens wie bei jedem Vertrag der Grundsatz vertraglicher Gestaltungsfreiheit.¹

Aus dem Akzessorietätserfordernis² ergibt sich für den Bestand der Vertragsstrafe, daß das Fehlen einer wirksamen Hauptverbindlichkeit auch die Unwirksamkeit des Strafversprechens zur Folge hat; erlischt die gesicherte Hauptverbindlichkeit zu einem späteren Zeitpunkt, so erlischt auch die Vertragsstrafe.³ Der Grund für diese Abhängigkeit liegt in der Natur der Vertragsstrafe als Sicherungsmittel; auch soll, wie sich aus § 344 BGB ergibt, verhindert werden, daß unwirksame Verbindlichkeiten und gesetzliche Verbote durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe umgangen werden.⁴

- 1) Die Vertragsparteien können durch ein Strafversprechen prinzipiell Verbindlichkeiten jeder Art sichern, insbesondere kann die gesicherte Hauptverbindlichkeit sowohl auf ein Tun als auch auf ein Unterlassen gerichtet sein, § 241 BGB; vgl. RGZ 70, 439 (440). Soweit die §§ 339 ff BGB nachgiebiges Recht enthalten, können die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen.
- 2) Vgl. oben, S. 133.
Welcher Art die Hauptverbindlichkeit ist, ist gleichgültig; sie braucht insbesondere nicht auf Vertrag zu beruhen. Gegenstand einer Vertragsstrafe können daher sowohl vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten als auch unmittelbar auf Gesetz beruhende Verpflichtungen sein. Vgl. STAUDINGER-WERNER, op.cit., Vorbem. I zu § 339, m.w.N.
- 3) Vgl. STAUDINGER-WERNER, a.a.O.; bei PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 344 Anm. 1, ist offengelassen, ob die Vertragsstrafe in einem solchen Fall unwirksam oder lediglich gegenstandslos ist.
- 4) Vgl. zum Ganzen auch ERMAN-WESTERMANN, op.cit., § 344 Anm. 2; SOERGEL-SIEBERT-SCHMIDT, op.cit., § 344 Anm. 1, m.w.N.

Die Gründe für die Unwirksamkeit der gesicherten Hauptverbindlichkeit können vielfältig sein: Hervorzuheben sind rechtsgeschäftliche Mängel und Verstöße gegen Verbotsgesetze, § 134 BGB, oder die guten Sitten, § 138 BGB. Bei Know-how-Verträgen sind insbesondere die bestehenden Verbote wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zu beachten.¹

Von der Wirksamkeit der zu sichernden Hauptverbindlichkeit zu unterscheiden ist die Frage, ob das Strafversprechen selbst rechtsfehlerfrei ist. In diesem Zusammenhang sind zwei Fragen von besonderem Interesse: Die Bedeutung der Strafhöhe für die Wirksamkeit des Strafversprechens und die kartellrechtliche Relevanz der Vertragsstrafe als solcher.

1. Der Inhalt des Strafversprechens darf nicht gegen zwingendes Recht verstoßen.

Ob eine unverhältnismäßig hohe Strafe einen solchen Rechtsverstoß darstellt, kann nicht abstrakt beantwortet werden. Fest steht, daß eine unverhältnismäßig hohe Strafe nicht schon per se sittenwidrig ist; vielmehr bedarf es dazu besonderer Umstände in Bezug auf Inhalt, Beweggrund oder Zweck der Abrede, welche im konkreten Einzelfall hinzutreten müssen, um die Sittenwidrigkeit der Vertragsstrafe gem. § 138 BGB zu begründen.² Das kann z.B. dann der Fall sein, wenn der Vertrag dem Schuldner eine Vielzahl von Vertragspflichten auferlegt und eine hohe Vertragsstrafe schon für jede

1) Im Rahmen dieser Arbeit kann auf kartellrechtliche Probleme nicht eingegangen werden, vgl. oben, S. 9.

2) Vgl. RGZ 114, 307; BGH LM Nr. 1 b zu § 339 BGB.

kleine Verfehlung angedroht ist, so daß der Vertrag dadurch insgesamt den Charakter eines Knebelungsvertrages erhält.¹ Von der Frage der Sittenwidrigkeit unberührt bleibt die Möglichkeit der richterlichen Billigkeitskontrolle der verwirkten Vertragsstrafe gem. § 343 BGB.

2. Kartellrechtliche Bedenken gegen die Vereinbarung einer Vertragsstrafe als solcher bestehen nicht. Da die Vertragsstrafe nur der Sicherung einer Hauptverbindlichkeit dient und folglich objektiv nicht geeignet ist, unabhängig von der Hauptverbindlichkeit die Marktverhältnisse zu beeinflussen, ist § 1 GWB auf das unselbstständige Strafversprechen nicht anwendbar.² Ebensowenig erfüllt die Vereinbarung einer Vertragsstrafe einen der Sondertatbestände der §§ 15 - 21 GWB.

(b) Die Verwirkung der Vertragsstrafe

Der Gesetzgeber unterscheidet in § 339 BGB zwischen zwei Fallgruppen, je nachdem, ob die gesicherte Hauptverbindlichkeit in einer positiven Handlung oder in einem Unterlassen besteht.

1. Besteht die gesicherte Hauptverbindlichkeit in einer positiven Handlung, so ist die Strafe verwirkt, wenn der Schuldner mit der Leistung in Verzug kommt, § 339 Satz 1 BGB. Die Voraussetzungen für den Verzug ergeben sich aus dem Allgemeinen Schuldrecht, §§ 284 ff BGB. Aus § 285 BGB folgt, daß der Verzug ein Vertretenmüssen voraussetzt;³ das Nichtvertretenmüssen ist nach

1) Vgl. LARENZ, op.cit., § 24, II, a; SIEBERT-HEFERMEHL, op.cit., § 138 Anm. 53.

2) Vgl. MÜLLER-HENNEBERG-SCHWARTZ, op.cit., Vorbem. § 1 GWB, Rdnr. 1; TETZNER, op.cit., S. 9.

3) Vgl. u.a. BGH LM Nr. 14 zu § 339 BGB = NJW 69, 461.

der Fassung des § 285 BGB ein Befreiungsgrund und muß daher vom Schuldner bewiesen werden.¹ Die Umstände, die der Schuldner zu vertreten hat, ergeben sich in der Hauptsache aus den §§ 276, 278, 279 BGB. Die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung steht dem Verzug insoweit gleich.² Neben der allgemeinen Beweislastregel des § 282 BGB³ besteht für den Gläubiger einer Vertragsstrafe gem. § 345 BGB eine weitere Beweiserleichterung: danach trägt der Schuldner in den Fällen, in denen die gesicherte Hauptverbindlichkeit auf ein Tun gerichtet ist, die Beweislast für die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit.

Nach allgemeiner Meinung im Schrifttum⁴ und ständiger Rechtsprechung⁵ handelt es sich bei § 339 Satz 1 BGB um nachgiebiges Recht. Es ist daher möglich, daß die Vertragsteile eine Vertragsstrafe auch unabhängig vom Verschulden allein für den Fall objektiver Verzögerung oder Nichterfüllung der Leistung vereinbaren.⁶ Diejeni-

-
- 1) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 285 Anm. 1.
 - 2) Diese Gleichsetzung von Verzug und Unmöglichkeit ist in § 339 Satz 1 BGB nicht ausdrücklich geregelt; sie ergibt sich aber aus der Systematik des Leistungsstörungsbegriffs: Da eine unmögliche Leistung begrifflich nicht nachholbar ist, kommt es in diesen Fällen auf einen Verzug nicht an. Vgl. LARENZ, op.cit., Bd. I, S. 276, und PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 339 Anm. 4.
 - 3) Die Verschuldensvermutung des § 282 BGB gilt über den Gesetzeswortlaut hinaus für jede Art vertraglicher Leistungsstörung, vgl. PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 282.
 - 4) Vgl. STAUDINGER-WERNER, op.cit., § 339 Anm. 2, m.w.N.; a.A. LINDACHER, op.cit., S. 90 ff.
 - 5) Vgl. RGZ 79, 40; BGH NJW 1971, 883; BGH NJW 1972, 1893.
 - 6) Der Verfassungssatz *nulla poena sine culpa* gilt nur für den Bereich der öffentlichen Strafe, nicht dagegen für eine privatrechtliche, auf Vertrag beruhende "Sanktion", vgl. die oben, S. 132, Fußn. 3, angeführten Literaturnachweise.

ge Partei, die eine solche Vereinbarung behauptet, muß sie allerdings beweisen;¹ denn mangels einer besonderen abweichenden Vereinbarung bleibt es bei der gesetzlichen Regelung gem. § 339 Satz 1 BGB.²

Wird die Vertragsstrafe unabhängig vom Verschulden versprochen, so ähnelt sie einem Garantieverprechen.³ Im Gegensatz zum eigentlichen Garantievertrag wird aber in diesen Fällen die Haftung des Versprechenden auf die Höhe der Vertragsstrafe betragsmäßig beschränkt.⁴

2. Besteht die gesicherte Hauptverbindlichkeit in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung der Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung ein, § 339 Satz 2 BGB.

Lange Zeit war umstritten, ob die Zuwiderhandlung vom Schuldner auch verschuldet sein muß. § 339 Satz 2 BGB weist nämlich eine Regelungslücke auf. Das hat die Rechtsprechung früher veranlaßt, unter Hinweis auf das Schweigen des Gesetzes die objektive Zuwiderhandlung allein, ohne Rücksicht auf ein Verschulden, für die Verwirkung genügen zu lassen;⁵ etwas anders sollte nur im Falle einer abweichenden Parteivereinbarung gelten.⁶

Gegen diese Ungleichbehandlung von Vertragsstrafen zur

-
- 1) Vgl. BGH BB 1973, 496.
 - 2) Innerhalb der rechtlich zulässigen Grenzen ist umgekehrt auch die Vereinbarung einer Milderung des Verschuldensmaßstabes möglich, vgl. die oben, S. 142, Fußn. 1, angeführten Literaturnachweise.
 - 3) Vgl. dazu oben, S. 137, sowie BGH NJW 1958, 1483.
 - 4) Vgl. BGH, a.a.O.
 - 5) Vgl. RGZ 147, 228 (232); BGHZ 33, 162 (165).
 - 6) Wie die frühere Rechtsprechung: ESSER, op.cit., § 25, II, 2 und BROX, Allgemeines Schuldrecht, S. 68.

Sicherung von Unterlassungspflichten und solchen zur Sicherung von positiven Handlungspflichten hat sich die Überwiegende Literaturmeinung gewandt.¹

Diese Kritik wurde durch das Urteil des BGH vom 29.6.72² bestätigt. In diesem Urteil hat der BGH unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung in Übereinstimmung mit dem herrschenden Schrifttum entschieden, daß der Schuldner die Vertragsstrafe auch dann, wenn die gesicherte Leistung in einem Unterlassen besteht, nur verwirkt, wenn er die Zuwiderhandlung zu vertreten hat. Als Hauptargument hat der BGH angeführt, daß es keinen sachlichen Differenzierungsgrund für eine unterschiedliche Behandlung zwischen Verstößen gegen Unterlassungspflichten und solchen gegen Handlungspflichten gebe. Schuldhaftes wie schuldloses Verhalten sei nämlich in gleichem Umfang denkbar, ob nun der Schuldner ein Tun oder ein Unterlassen versprochen habe, so daß ein von der Art der geschuldeten Leistung abhängiges, unterschiedliches Schutzbedürfnis des Gläubigers nicht erkennbar sei.³ Gleichwohl betont der BGH⁴, daß die Parteien die Vertragsstrafe auch in den Fällen des § 339 Satz 2 BGB garantieähnlich ausgestalten könnten, wenn sie auf das Verschuldenserfordernis einvernehmlich verzichteten; soweit die Parteien aber nichts anderes ver-

1) Vgl. ENNECCERUS-LEHMANN, op.cit., § 37, II, 2; LARENZ, op.cit., § 24, II, a; SOERGEL-SIEBERT-SCHMIDT, op.cit., § 339 Rdnr. 12 sowie das bei LINDACHER, op.cit., S. 85, Fußn. 57, angeführte Schrifttum.

2) BGH NJW 1972, 1893 ff.

3) Diese Auffassung hat in der Literatur spontan Zustimmung gefunden, vgl. LINDACHER, Anmerkung zu dem Urteil des BGH v. 29.6.1972, in NJW 1972, 2264; in dem Urteil des BGH v. 24.1.1973, DB 1973, 764, ist diese Rechtsprechung bereits bestätigt worden.

4) a.a.O.

einbart hätten, bleibe das Verschuldenserfordernis grundsätzlich bestehen.¹

3. Die Vertragsstrafe steht, wie jedes Schuldverhältnis, unter dem Gebot von Treu und Glauben, § 242 BGB, was vor allem im Zusammenhang mit der Verwirkung des Strafversprechens bedeutsam wird. Obwohl sich die Verwirkungsvoraussetzungen im konkreten Fall in erster Linie aus dem Einzelvertrag in Verbindung mit § 339 BGB ergeben,² muß insbesondere bei geringfügigen Pflichtverletzungen oder bei mehrfacher Verwirkung einer Vertragsstrafe § 242 BGB berücksichtigt werden:

Geringfügige Verletzungen gemäß § 242 BGB können unerheblich sein, wenn die Verwirkung der Vertragsstrafe in keinem Verhältnis zur Bedeutung des Vertragsverstöße steht, wie das z.B. bei unwesentlichen Zeitüberschreitungen der Fall sein kann.³ Wann eine Pflichtverletzung als geringfügig anzusehen ist, kann jedoch nicht abstrakt bestimmt werden, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

Auch kann in gewissen Fällen gemäß § 242 BGB eine Zusammenfassung mehrerer gleichartiger Vertragsverstöße geboten sein. Zuerst muß immer der Parteiwille unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage und den besonderen Umständen des Einzelfalles ermittelt werden. Haben die Parteien vereinbart, daß die Strafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung verwirkt sein soll, und steht dies im Widerspruch mit den Grundsätzen von Treu und

1) Zur Frage der Abdingbarkeit von § 339 BGB vgl. oben, S. 142.

2) Vgl. die vorstehenden Ausführungen, S. 144 ff.

3) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 339 Anm. 4.

Glauben, so ist dieses unbillige Ergebnis nach Auffassung des BGH von den Parteien grundsätzlich als nicht gewollt anzusehen.¹ In diesem Fall können mehrere gleichartige Zuwiderhandlungen zu einer einzigen Verwirkung zusammengefaßt werden, sofern der Wille der Parteien dem nicht ausdrücklich entgegensteht.

(c) Das Verhältnis zwischen der Vertragsstrafe und sonstigen vertraglichen Ansprüchen

Ist die Vertragsstrafe verwirkt, so kann der Gläubiger die Leistung der versprochenen Strafe verlangen, § 339 BGB. Nicht geklärt ist damit aber das Verhältnis des Strafanspruchs zum gesicherten Hauptanspruch und zu möglichen, auf derselben Pflichtverletzung beruhenden Sekundäransprüchen.

Im Gesetz ist das Verhältnis der verwirkten Vertragsstrafe zum Erfüllungsanspruch und zum Schadensersatz wegen der Nichterfüllung respektive der nicht gehörigen Erfüllung in den §§ 340 - 342 BGB geregelt. Der Zweck dieser Bestimmungen ist eine Beschränkung der Gläubigerrechte im Interesse des Schuldnerschutzes.

Das Gesetz unterscheidet grundsätzlich zwischen zwei Fallgruppen, je nachdem, ob die Strafe für den Fall der Nichterfüllung (§ 340 BGB) oder der nicht gehörigen Erfüllung (§ 341 BGB) der gesicherten Hauptverbindlichkeit versprochen worden ist. In beiden Fällen ist jedoch Voraussetzung, daß die Vertragsstrafe in einer Geldleistung be-

1) Vgl. BGHZ 33, 162 (164) sowie die Auslegungsregel des § 157 BGB, die grundsätzlich auch auf die Vertragsstrafe Anwendung findet.

steht; ist eine andere Leistung als Geld versprochen, so gilt gem. § 342 BGB eine Sonderregelung.¹

1. § 340 BGB betrifft den Fall, daß die Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit versprochen worden ist.

a) Nichterfüllung liegt dann vor, wenn die geschuldete Leistung vom Schuldner nicht mehr erbracht oder nach ihrem Inhalt für den Gläubiger nicht mehr als die geschuldete Leistung angesehen werden kann. Andernfalls handelt es sich bei der Leistungsstörung um einen Fall nicht gehöriger Erfüllung, auf den § 341 BGB Anwendung findet.²

b) Eine ausdrückliche Regelung der Frage, ob bereits die teilweise Nichterfüllung die ganze Vertragsstrafe verwirkt, ist im BGB nicht enthalten.

Ergibt sich aus dem Inhalt der Strafvereinbarung, daß die Vertragsstrafe für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung versprochen wurde, so stellt die teilweise Nichterfüllung einen Fall nicht gehöriger Erfüllung dar, so daß § 341 BGB gilt.³

Ist die Vertragsstrafe dagegen für den Fall der Nichterfüllung versprochen, so ist davon auszugehen, daß auch die nur teilweise Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit zur Verwirkung der gesamten Strafe führt; denn eine Teilleistung stellt keine

1) Da der Fall des § 342 BGB praktisch kaum bedeutsam ist, werden im folgenden nur die beiden Fallgruppen der §§ 340, 341 BGB behandelt.

2) Vgl. unten, S. 153 ff.

3) Zur Verwirkung wegen nicht gehöriger Erfüllung vgl. unten, S. 153 ff.

Erfüllung dar, insbesondere ist der Gläubiger berechtigt, eine Teilleistung gemäß § 266 BGB zurückzuweisen, so daß vollständige Nichterfüllung eintritt.¹ Nimmt der Gläubiger die Teilleistung indessen an, so wird mit dem RG² auf den Parteiwillen abzustellen sein, ob die teilweise Nichterfüllung die ganze Vertragsstrafe verwirkt. Ob in der vorbehaltslosen Annahme einer Teilleistung ein Verzicht auf die Vertragsstrafe entsprechend § 341 Abs. 3 BGB zu sehen ist, hängt gleichfalls vom Willen der Parteien ab. Die Leistung des noch verbleibenden Teils und die Zahlung der ganzen Vertragsstrafe schließen sich grundsätzlich aus.³ Das Kumulationsverbot ist allerdings nicht zwingend, auch können die Parteien eine verhältnismäßige Teilung der Vertragsstrafe vereinbaren.

- c) Ist die für den Fall der Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit vereinbarte Strafe verwirkt, so stehen dem Gläubiger gemäß § 340 BGB folgende Ansprüche zu:

Der Gläubiger kann nach seiner Wahl weiterhin Erfüllung oder die Strafe verlangen, § 340 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁴ Es handelt sich um eine elektive Anspruchskonkurrenz, nicht um eine Wahlschuld, da der Schuldner die Hauptverbindlichkeit nur durch Leistung erfüllen und sich nicht durch Hingabe der Vertragsstrafe nach der Art eines Reuegelds vom Vertrag befreien kann.⁵

-
- 1) Vgl. STAUDINGER-WERNER, § 340 Anm. I, 2. Ausgenommen sind freilich diejenigen Fälle, in denen eine Zurückweisung wegen Geringfügigkeit der ausgebliebenen Leistung gegen Treu und Glauben verstoßen würde, vgl. RG JW 1904, 139.
- 2) Recht 1912, Nr. 3056.
- 3) Zum sog. Kumulationsverbot vgl. unten, S. 152.
- 4) Vgl. SOERGEL-SIEBERT-SCHMIDT, op.cit., Bd. 2, § 340 Anm. 2.
- 5) Vgl. ENNECCERUS-LEHMANN, op.cit., § 37, III, 3.

Verlangt der Gläubiger die Strafe, so wird durch diese Erklärung der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus dem in § 340 Abs. 1 Satz 2 BGB normierten Kumulationsverbot. Der Ausschluß des Erfüllungsanspruchs tritt allerdings nur ein, wenn der geltendgemachte Strafanspruch begründet ist.¹

Steht dem Gläubiger auf Grund der Zuwiderhandlung ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu, so kann er diesen Anspruch neben der verwirkten Strafe geltend machen, soweit der Schaden nicht bereits durch die Strafe gedeckt ist, § 340 Abs. 2 BGB.² Verlangt der Gläubiger Ersatz für den übersteigenden Schaden, so muß er allerdings beweisen, daß ihm ein weitergehender Schaden entstanden ist.³ Die verwirkte Vertragsstrafe kann dagegen stets als Mindestbetrag des Schadens gefordert werden, ohne daß diesem Anspruch der Nachweis des fehlenden Schadens entgegengehalten werden könnte.⁴

- d) In Rechtsprechung und Schrifttum wird nahezu einhellig die Ansicht vertreten, daß es sich bei § 340 BGB um nachgiebiges Recht handelt.⁵ Gestützt wird diese Ansicht auf den im Schuldrecht geltenden Grundsatz der Vertrags-

1) Vgl. RGZ 77, 290 (292).

2) Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung kann sich aus den §§ 280, 325 BGB sowie den Grundsätzen über die positive Vertragsverletzung ergeben.

3) Ausnahmsweise kann ein übersteigender Schaden nicht verlangt werden, wenn mit der Vertragsstrafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen ist, § 342 Halbsatz 2 BGB.

4) Vgl. RGZ 103, 99, sowie oben, S. 134.

5) Vgl. BGH NJW 1975, 163 (164); BGH LM § 339 BGB Nr. 2; STAUDINGER-KADUK, op.cit., § 340 Anm. 3, 30; SOERGEL-SIEBERT-SCHMIDT, op.cit., § 340 Rdnr. 6; ERMANN-WESTERMANN, op.cit., § 340 Anm. 1; PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 340 Anm. 1 a.E.; a.A. ist LINDACHER, op.cit., S. 188.

freiheit. Ebenso wie die Parteien die Voraussetzungen, unter denen die Vertragsstrafe verwirkt sein soll, nach ihrem Belieben gestalten dürfen,¹ können sie daher auch die Folgen der Verwirkung einvernehmlich frei regeln. Abweichend von § 340 BGB kann somit z.B. vereinbart werden, daß im Fall der Verwirkung der Vertragsstrafe nur die Strafe gefordert werden könne oder daß die Strafe neben dem Erfüllungsanspruch weiterbestehen solle.²

2. § 341 BGB betrifft den Fall, daß die Vertragsstrafe für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit versprochen worden ist.

a) Nicht in gehöriger Weise erfüllt ist eine Verbindlichkeit, wenn sie nicht zur bestimmten Zeit erfüllt wird. Dieser in § 341 Abs. 1 BGB ausdrücklich benannte Fall ist aber nicht der einzige Fall nicht gehöriger Erfüllung.³ Nicht gehörige Erfüllung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Leistung nicht am rechten Ort, unvollständig oder mangelhaft erbracht wird, ohne daß dadurch gleich Nichterfüllung eintritt.

1) Vgl. oben, S. 145.

2) Der BGH hat allerdings in jüngster Zeit in einem Urteil vom 27.11.1974, NJW 1975, S. 163 ff entschieden, daß durch Allgemeine Geschäftsbedingungen und Formularverträge die Verpflichtung des Gläubigers, auf seinen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung die aus diesem Grund verwirkte Vertragsstrafe anzurechnen, nicht abbedungen werden könne. Der Entscheidung lag eine formularmäßige Bestimmung aus einem Automaten-aufstellvertrag zugrunde.

3) Im Gesetz heißt es im übrigen "insbesondere", vgl. § 341 Abs. 1 BGB.

- b) Ist die Vertragsstrafe wegen nicht gehöriger Erfüllung verwirkt, so kann der Gläubiger im Gegensatz zu § 340 BGB die Strafe neben der Erfüllung verlangen, § 341 Abs. 1 BGB.¹

Verlangt der Gläubiger Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung,² so muß er sich ebenso wie bei § 340 Abs. 2 BGB die Strafe als Mindestbetrag des Schadens anrechnen lassen, § 341 Abs. 2 BGB. Für die Geltendmachung eines übersteigenden Schadens gelten dieselben Grundsätze wie bei § 340 Abs. 2 BGB.³

Von § 341 Abs. 2 BGB unberührt bleibt der Anspruch des Gläubigers, neben der Strafe für die nicht gehörige Erfüllung gegebenenfalls Schadensersatz für die Nichterfüllung als solche zu verlangen; denn auch im Verhältnis dieser Ansprüche gilt der Grundsatz vom Nebeneinander zwischen Straf- und Erfüllungsanspruch.⁴

- c) Hat der Gläubiger die nicht gehörige Erfüllung der Hauptleistung angenommen, ohne sich die Geltendmachung der Vertragsstrafe vorzubehalten, so ist der Anspruch auf die verwirkte Strafe ausgeschlossen,

1) Wie STAUDINGER-KADUK, op.cit., § 341, Bem. II, 1 bemerkt, ist in § 341 BGB der Grundsatz des § 340 BGB, daß der Gläubiger nicht neben der ihm zustehenden Hauptleistung auch noch die Strafe erhalten solle, nur scheinbar durchbrochen; denn der Gläubiger habe die Hauptleistung eben noch nicht so erhalten, wie sie ihm zustehe.

2) Z.B. auf Grund von § 286 oder § 326 BGB. Besteht die Vertragsstrafe nicht in einer Geldleistung, so ist der Anspruch auf Schadensersatz allerdings ausgeschlossen.

3) Vgl. oben, S. 152.

4) Vgl. RGZ 94, 203 ff.

§ 341 Abs. 3 BGB.¹ Der Vorbehalt muß dem Erklärungs-
gegner gegenüber deutlich erkennbar gemacht werden.²

(d) Die richterliche Kontrolle der Vertragsstrafe

Zwei Arten der richterlichen Kontrolle gilt es auseinander-
zuhalten: Die Kontrolle der Vertragsstrafenabrede und die
Kontrolle der auf Grund einer solchen Abrede verwirkten
Strafe.³

Im ersteren Fall handelt es sich um eine Rechtmäßigkeits-
kontrolle, bei der die Wirksamkeit des Strafversprechens
geprüft wird, während im zweiten Fall die Angemessenheit
der Strafe Prüfungsgegenstand ist. Die Gültigkeit der
Strafabrede ist die Voraussetzung für die Verwirkung der
Vertragsstrafe; ihre Prüfung muß daher der Angemessen-
heitskontrolle stets vorausgehen. Im folgenden soll nur
von der zweiten Art der Vertragsstrafenkontrolle, der sog.
richterlichen Billigkeitskontrolle, die Rede sein.

Die Rechtsgrundlage für die Kontrolle der verwirkten Stra-
fe beruht auf § 343 BGB; diese Bestimmung enthält zum
Schutz des Vertragsstrafeschuldners ein richterliches Er-
mächtigungsrecht für unverhältnismäßig hohe Strafen.

- 1) Im Fall des § 340 BGB schließt die Annahme der Erfül-
lung den Strafanspruch schon begrifflich aus, nicht da-
gegen in § 341 BGB, wie sich aus § 341 Abs. 1 BGB er-
gibt.
- 2) Vgl. BGHZ 33, 236 (237); RGZ 61, 65; SOERGEL-SIEBERT-
SCHMIDT, op.cit., § 341 Anm. 4; ERMAN-WESTERMANN, op.
cit., § 341 Anm. 3.
Der Vorbehalt ist ausnahmsweise nicht erforderlich,
wenn der Anspruch auf die Strafe bereits rechthängig
ist, vgl. BGH NJW 1974, 1324 (1325). Zur Abdingbarkeit
von § 341 Abs. 3 BGB vgl. insbesondere BGH NJW 1971,
883 (884).
- 3) Die Besonderheiten der AGB-Kontrolle bleiben entspre-
chend der eingangs vorgenommenen Einschränkung auch
hier ausgeklammert. Vgl. oben, S. 133.

Vom Anwendungsbereich des § 343 BGB gibt es allerdings eine wichtige Ausnahme: Gemäß § 348 HGB ist die Herabsetzungsmöglichkeit ausgeschlossen, wenn die Vertragsstrafe von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist.

Auf dem Gebiet der Know-how-Vergabe, die in aller Regel nur zwischen Kaufleuten stattfindet, ist im Ergebnis für eine richterliche Billigkeitskontrolle somit nur Raum, falls der Versprechende ausnahmsweise nicht die Vollkaufmannseigenschaft besitzt, § 351 HGB, oder die Parteien abweichend von § 348 HGB eine entsprechende Anwendung von § 343 BGB vereinbart haben.

1. Die Billigkeitskontrolle gemäß § 343 BGB

a) Auf dem Gebiet des Vertragsrechts sind die Gerichte in der Regel auf eine Rechtskontrolle beschränkt. § 343 BGB gibt dem Richter ausnahmsweise die Befugnis, einen Vertrag inhaltlich zu ändern.¹ Es handelt sich um eine rechtsgestaltende Billigkeitskontrolle.² Setzt der Richter eine überhöhte Vertragsstrafe auf das angemessene Maß herab, so gilt die von ihm festgesetzte Leistung als von Anfang an geschuldet.³

b) § 343 BGB ist eine Vorschrift zwingenden Rechts, die

1) Vgl. STAUDINGER-WERNER, op.cit., § 343, Bem. II, 1.

2) Das Urteil hat auch dann, wenn es in der Form eines Leistungsurteils ergeht, Gestaltungswirkung, vgl. LARENZ, op.cit., § 24, II, a.

3) Im Gegensatz dazu hat ein Strafanspruch, der gegen die guten Sitten verstößt, gemäß § 138 BGB die Nichtigkeit zur Folge.

dem Schutz des Vertragsstrafeschuldners dient.¹

- c) Die materiellen Voraussetzungen für eine Ermäßigung der Vertragsstrafe sind, daß die Strafe verwirkt, aber noch nicht entrichtet und unverhältnismäßig hoch² ist.

aa) Das Erfordernis der Verwirkung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 343 Abs. 1 Satz 1 BGB.³

bb) Ist die verwirkte Strafe vom Schuldner freiwillig, d.h. ohne Vollstreckungszwang entrichtet worden, so kann sie nicht mehr herabgesetzt werden. Etwas anderes gilt nur, wenn der Schuldner sich den Anspruch auf Ermäßigung bei der Zahlung ausdrücklich vorbehalten hat.⁴

cc) Die Feststellung, ob eine Strafe unverhältnismäßig hoch ist, ist in das pflichtgemäße Ermessen des Tatrichters gestellt.⁵

In Rechtsprechung und Literatur ist versucht worden, einzelne Kriterien zur Beurteilung der Unverhältnis-

1) Vgl. BGHZ 5, 133 (136).

2) Erweist sich eine Vertragsstrafe als unverhältnismäßig niedrig, so gilt § 343 BGB nicht.

3) Vorher kann allenfalls unter den besonderen Voraussetzungen des § 256 ZPO die Unwirksamkeit des Strafversprechens im Wege der Feststellungsklage begehrt werden, vgl. BÖTTICHER, op.cit., S. 25.

4) Vgl. PALANDT-HEINRICHS, op.cit., § 343 Anm. 1 c, und STAUDINGER-WERNER, op.cit., § 343 Bem. I, 2 b.

5) Die Entscheidung über die Herabsetzung einer Vertragsstrafe auf der Grundlage von § 343 BGB kann daher in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüft werden, ob das Gericht der Tatsacheninstanz bei der Anwendung von § 343 BGB von falschen Rechtssätzen ausgegangen ist oder die Umstände des Falles unvollständig oder widerspruchsvoll gewürdigt hat, vgl. BAG NJW 1971, 2007.

mäßigkeit zu entwickeln.¹ Aus dem Katalog dieser Beurteilungskriterien sollen die wesentlichsten kurz wiedergegeben werden.

Bei der Entscheidung über die Angemessenheit der Strafe sind grundsätzlich alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.²

Auszugehen ist gemäß § 343 Abs. 1 Satz 2 BGB von jedem berechtigten Interesse des Gläubigers.³ Dazu gehört vor allem das Interesse an der gehörigen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, der Sicherung der Vertragstreue,⁴ sowie das Interesse, einen durch den Vertragsbruch möglicherweise entstehenden Schaden abzudecken.⁵ Auch die Gefahr mehrfacher Zuwiderhandlungen, gegen die sich der Gläubiger nur durch eine fühlbare Geldstrafe zu schützen vermag, kann sich als ein berechtigtes Interesse des Gläubigers erweisen.⁶

Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Strafhöhe sind aber auch die Interessen des Schuldners zu berücksichtigen.

1) Vgl. die Übersicht bei LINDACHER, op.cit., S. 107 ff. Derselbe hat a.a.O., S. 110 ff, den Versuch unternommen, die Generalklausel dadurch zu präzisieren, daß er die verschiedenen Kriterien zueinander in Beziehung setzt, um die Rechtsanwendung im Einzelfall zu erleichtern.

2) Vgl. RGZ 64, 291; RGZ 86, 28; BGH GRUR 1953, 262. Vgl. ferner SIEG, NJW 1951, 508.

3) Vgl. SOERGEL-SIEBERT-SCHMIDT, op.cit., § 343 Anm. 3; STAUDINGER-WERNER, op.cit., § 343 Bem. I, 3; ERMANN-WESTERMANN, op.cit., § 343 Anm. 3; DÜRINGER-HACHENBERG-WERNER, § 348 HGB, Anm. 23.

4) Vgl. BGH LM Nr. 2 zu § 339 BGB; BayObLGZ 30, 441.

5) Vgl. BGH, GRUR 1953, 262 (264), der eine Ermäßigung der Strafe mit der Begründung abgelehnt hat, daß der Schaden, der dem Gläubiger aus der Nichterfüllung des Vertrages hätte entstehen können, sehr beträchtlich sei.

6) Vgl. OLG Hamburg, JZ 1963, 172 (173).

sichtigen. Dies folgt aus der Rechtsnatur des § 343 BGB als einer Bestimmung zum Schutze des Schuldners. Maßgebende Kriterien können z.B. das Verschulden bzw. der Verschuldensgrad¹ und der Vorteil sein, der dem Schuldner aus der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung erwächst.²

Die wirtschaftliche Lage der Parteien kann auf beiden Seiten berücksichtigt werden. Ob dem Gläubiger infolge der Vertragsverletzung tatsächlich ein Schaden entstanden ist und wie er sich beziffert, ist allerdings unerheblich.³

Welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Angemessenheit der Strafe maßgebend ist, entscheidet sich nach dem Inhalt des jeweiligen Beurteilungskriteriums.⁴ Sowohl die Vereinbarung der Vertragsstrafe⁵ als auch die Verwirkung der Strafe⁶ oder die letzte mündliche Verhandlung⁷ können als maßgebliche Zeitpunkte in Betracht kommen.

2. Der Ausnahmetatbestand des § 348 HGB

- a) Gemäß § 348 HGB kann eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes

-
- 1) Vgl. SOERGEL-SIEBERT-SCHMIDT, op.cit., § 343 Anm. 3.
 - 2) ENNECCERUS-LEHMANN, op.cit., § 37, V.
 - 3) Vgl. RG, Recht 1908, Nr. 951; BGH LM Nr. 2 zu § 339 BGB.
 - 4) Vgl. STAUDINGER-WERNER, op.cit., § 343 Bem. I, 3, und DÜRINGER-HACHENBURG-WERNER, op.cit., § 348 HGB, Anm. 23.
 - 5) Z.B. für die Beurteilung der Geschäftsgewandtheit des Schuldners, vgl. RG, DRIZR 1931 Nr. 234
 - 6) Z.B. hinsichtlich des Verschuldensgrades oder der vom Schuldner rechtswidrig erlangten Vorteile.
 - 7) Z.B. für die Beurteilung einer möglichen Wiederholungsgefahr.

versprochen ist, nicht auf Grund von § 343 BGB herabgesetzt werden. Diese Sonderbehandlung des kaufmännischen Verkehrs wird damit begründet, daß sich die Herabsetzungsmöglichkeit der Vertragsstrafe im Handelsverkehr nachteilig auswirken könnte, da der Vertragsstrafe auf diese Weise ihre volle Strenge genommen würde. Außerdem müsse von einem Kaufmann erwartet werden, daß er erfahren genug sei, um die Gefahren gewisser Rechtsgeschäfte zu erkennen sowie die Tragweite seiner Rechtshandlungen richtig zu würdigen, und die nötige Gewandtheit besitze, sich selbst zu schützen.¹

- b) Voraussetzung für den Ausschluß der Billigkeitskontrolle ist zunächst, daß der Schuldner des Strafversprechens Vollkaufmann ist. Der Gläubiger des Strafversprechens braucht selbst nicht Kaufmann zu sein.

Umstritten ist, ob § 348 HGB auch dann anzuwenden ist, wenn der Versprechende zwar keine Kaufmannseigenschaft besitzt, aber im Rechtsverkehr als Kaufmann aufgetreten ist und sich Dritten gegenüber nach Treu und Glauben als solcher behandeln lassen muß. In der Literatur wird im Interesse der Sicherheit des Handelsverkehrs überwiegend der Vorrang dem Schutz des gutgläubigen Dritten eingeräumt und ein Scheinkaufmann genauso wie ein echter Kaufmann behandelt.² Die Rechtsprechung hat zu dieser Frage

1) Vgl. SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL, op.cit., § 348 HGB, Einleitung, mit dem Hinweis auf die Amtliche Begründung des Entwurf eines Handelsgesetzbuches (1896), S. 194; DÜRINGER-HACHENBURG-WERNER, op.cit., § 348 HGB, Anm. 26; vgl. im übrigen auch LINDACHER, op.cit., S. 138, 139.

2) Vgl. SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT, op.cit., § 5 HGB, Anm. 7-15; v. GODIN in RGR Komm. zum HGB, op.cit., § 348 Anm. 27; LINDACHER, op.cit., S. 144; a.A. HUECK, ArchBürgR Bd. 43, S. 451.

noch nicht ausdrücklich Stellung genommen. Allerdings hat der BGH entschieden, daß unter ganz besonderen Umständen, auch ohne daß § 348 HGB gegeben sei, die Herabsetzung einer vereinbarten Vertragsstrafe ausgeschlossen sein könne.¹ Ein derartiger Fall liege dann vor, wenn der Versprechende eines Schutzes vor unbeachtetem Handeln nicht bedürfe und es dem Sinn des Gesetzes und der Gerechtigkeit widerspräche, dem Versprechenden die Berufung auf § 343 BGB zu gestatten.²

Die Kaufmannseigenschaft muß im Zeitpunkt der Abgabe des Strafversprechens bestehen;³ auf den Zeitpunkt der Strafverwirkung kommt es nicht an.

Die Beweislast für die Kaufmannseigenschaft trägt der Gläubiger; dagegen muß der Schuldner, der sich auf den Ausnahmetatbestand des § 351 HGB beruft, nachweisen, daß er Kleingewerbetreibender oder Handwerker im Sinne von § 4 HGB ist.⁴

- c) Der Kaufmann muß die Strafe im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen haben, §§ 348, 343 HGB, d.h. das betreffende Geschäft muß sachlich zum Betrieb seines

1) Vgl. BGHZ 5, 133, Leitsatz; in dem entschiedenen Fall hatte der Gesellschafter einer GmbH eine Vertragsstrafe zur Sicherung eines Wettbewerbsverbots versprochen.

2) Vgl. BGH, a.a.O., S. 137.

3) Vgl. BGHZ 5, 133 (136); BAUMBACH-DUDEN, op.cit., § 348 Anm. 2 A; SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL, op.cit., § 348 Anm. 12; DÜRINGER-HACHENBURG-WERNER, op.cit., § 348 Anm. 27, mit dem Hinweis auf den Wortlaut des § 348 HGB: "... von einem Kaufmann ... versprochen ..."

4) Vgl. RG, DRZ 1932, 331; v.GODIN, op.cit., § 351 HGB, Anm. 2.

Handelsgewerbes gehören; letzteres trifft auf alle Geschäfte zu, die, sei es unmittelbar oder mittelbar, den Zwecken des Handelsgewerbes zu dienen bestimmt sind,¹ wobei gemäß § 344 HGB eine widerlegliche Vermutung für die Betriebszugehörigkeit der von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte besteht.

- d) Die Bestimmung des § 348 HGB ist nicht zwingend, so daß die Parteien selbst dann, wenn der Versprechende Vollkaufmann ist, die Anwendbarkeit des § 343 BGB vereinbaren können.² Auch kann die Herabsetzungsbe-
fugnis einem Schiedsgericht übertragen werden. Der-
artige Vereinbarungen kommen in der Praxis jedoch
kaum vor, da Kaufleute in der Regel von der Ange-
messenhaftigkeit der vereinbarten Strafhöhe ausgehen.

Im übrigen gelten auch im Handelsverkehr dieselben Vorschriften wie zwischen Nichtkaufleuten. Auch der Schuldner eines Strafversprechens, der Kaufmann ist, kann daher stets die Wirksamkeit der Vereinbarung oder der Verwirkung einer Vertragsstrafe gerichtlich nachprüfen lassen.

1) Vgl. DÜRINGER-HACHENBURG-WERNER, op.cit., § 343
Anm. 3; SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL, op.cit., § 343
Anm. 3 ff.

2) Vgl. SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL, op.cit., § 348 Anm.
14 a.E.; v.GODIN, op.cit., § 348 Anm. 30.

b) Frankreich

Das im französischen Recht der deutschen Vertragsstrafe entsprechende Rechtsinstitut ist die "clause pénale".

(1) Begriff und Anwendungsbereich der clause pénale

Der französische Code civil enthält in den Art. 1226 und 1229 Abs. 1 zwei Legaldefinitionen der clause pénale. In Art. 1226 C.c. heißt es: "La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution." In Art. 1229 Abs. 1: "La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale." Die Leistung, die der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung verspricht, wird als "peine" bezeichnet.¹

Definitionsgemäß wird vom Code civil als clause pénale nur das unselbständige Strafversprechen erfaßt, welches zur Sicherung der Erfüllung einer Hauptverbindlichkeit versprochen wird. Dieser akzessorische Charakter der clause pénale ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, Art. 1227 Abs. 1 C.C.²

Vorwiegend wird die clause pénale in Frankreich in bestimmten Massenrechtsgeschäften, wie z.B. in Leasingver-

1) Vgl. STARCK, op.cit. Nr. 2113.

2) Vgl. MARTY-RAYNAUD, op.cit., Nr. 545; PLANIOL-RIPERT, op.cit., Nr. 872; BEGUIN, op.cit., Nr. 1. Mit Rücksicht auf den das französische Zivilrecht beherrschenden Grundsatz der Privatautonomie ist allerdings auch in Frankreich die Vereinbarung eines selbständigen Strafversprechens zulässig, vgl. FERID, op.cit., Anm. 2 B 196.

trägen und finanzierten Abzahlungsgeschäften verwendet.¹ Häufig findet die clause pénale aber auch in Individualverträgen zur Sicherung von Ausschließlichkeitsvereinbarungen und Wettbewerbsabreden Anwendung.²

(2) Funktionen der clause pénale

Wie sich bereits aus den beiden gesetzlichen Begriffsbestimmungen ergibt, sind die Funktionen der clause pénale vielfältig; Einigkeit über die genaue Anzahl ihrer Funktionen besteht nicht.³ Der Grund dafür ergibt sich aus dem Umstand, daß die clause pénale objektiv verschiedene rechtliche Wirkungen entfalten kann und die Parteien deshalb mit der Vereinbarung einer clause pénale von Fall zu Fall verschiedene dieser Wirkungen, einzeln oder zusammen, verfolgen können.

(a) In erster Linie dient die clause pénale der einvernehmlichen, antizipierten Schadensschätzung für den Fall der Nichterfüllung einer gesicherten Hauptverbindlichkeit, Art. 1229 C.c. Hat der Schuldner demnach die Hauptverbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die vereinbarte Strafe verlangen, ohne daß es eines konkreten Schadensnachweises bedarf.⁴

1) Vgl. STARCK, op.cit., Nr. 2115.

2) Vgl. BEGUIN, op.cit., Nr. 3 und 5.

3) Im Schrifttum vertritt STARCK, op.cit., Nr. 2114, die Ansicht, die clause pénale habe ein "but double", während ALFANDARI, op.cit., Nr. 2, fünf Funktionen der clause pénale aufzuzählen weiß.

4) Vgl. STARCK, op.cit., Nr. 2113.

(b) Die clause pénale kann auch ein Druckmittel darstellen, durch das der Schuldner zusätzlich zur vertragsgemäßen Erfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit angehalten wird. Das trifft vor allem dann zu, wenn die Strafe höher angesetzt ist als der durch die Nichterfüllung zu erwartende Schaden.¹ Diese Sicherungsfunktion der clause pénale ist gleichfalls im Gesetz, in Art. 1226 C.c., ausdrücklich anerkannt.²

(c) Die Vereinbarung einer clause pénale kann sich aber umgekehrt auch zu Gunsten des Schuldners als betragsmäßige Haftungsbeschränkung auswirken. Da die vereinbarte Strafe den Charakter einer Pauschale besitzt und der Gläubiger daher grundsätzlich auch einen durch die Nichterfüllung entstandenen Mehrschaden nicht verlangen kann,³ tritt diese Wirkung immer dann ein, wenn die Strafe geringer als der tatsächlich eingetretene Schaden bemessen ist.⁴

(3) Abgrenzung gegenüber ähnlichen Rechtsgebilden

Auch im französischen Recht gibt es eine Reihe ähnlicher Rechtsgebilde, die es von der clause pénale zu unterscheiden gilt.⁵

1) Vgl. PLANIOL-RIPERT, op.cit., Nr. 867.

2) Vgl. auch MARUANI, op.cit., S. 75 und 92, der die Abschreckungsfunktion der clause pénale besonders betont.

3) Vgl. zum sog. "caractère forfaitaire" der clause pénale BEGUIN, op.cit., Nr. 15.

4) Vgl. auch MAZEAUD, op.cit., Nr. 641, und PLANIOL-RIPERT, op.cit., Nr. 867.

5) Vgl. zum Ganzen MARUANI, op.cit., S. 91 ff.

(a) Die "astreinte"

Die "astreinte" ist ein von der französischen Rechtsprechung entwickeltes Rechtsinstitut, das der zwangsweisen Durchsetzung von Vertragspflichten dient: Wird ein Schuldner zur Erfüllung einer Primärobligation verurteilt, so kann das Gericht gleichzeitig anordnen, daß der Beklagte für jeden Tag, den er säumig bleibt, einen bestimmten Geldbetrag als astreinte an den Kläger zu bezahlen habe.¹

Im Gegensatz zur clause pénale wird allerdings die astreinte nur auf Grund richterlicher Anordnung geschuldet, während der Rechtsgrund für die clause pénale in einer freien Parteivereinbarung liegt.²

(b) Die "arrhes"

Die arrhe - im Französischen stets in der Mehrzahl "arrhes" gebraucht - ist als allgemeines Rechtsinstitut im Code civil nicht ausdrücklich geregelt. Lediglich in Art. 1590 C.c. findet sich eine gesetzliche Regelung für die sog. promesse de vente. Als arrhe wird jede Hingabe einer Sache, in der Regel die Zahlung einer bestimmten Geldsumme anläßlich eines Vertragsabschlusses bezeichnet.³ Rechtlich kann eine arrhe unterschiedlich zu qualifizieren sein; entscheidend kommt es dabei auf den erkennbaren Willen der Vertragsschließenden an; die Bezeichnung ist nur von geringerer Bedeutung.⁴

Grundsätzlich ist die arrhe als Zeichen des Vertragsab-

1) Vgl. statt vieler STARCK, op.cit., Nr. 2516 ff.

2) Vgl. MARUANI, op.cit., S. 102.

3) Vgl. STARCK, op.cit., Nr. 1234 ff.

4) Vgl. Cass. com. v. 10.7.1962, D. 1963, Somm. 2.

schlusses¹ oder als Anzahlung (acompte) auf die vertraglich geschuldete Leistung anzusehen.²

Mit der Vereinbarung einer arrhe kann allerdings auch ein sog. "dédit" gewollt sein. Ein dédit, das dem im deutschen Recht bekannten Reugeld entspricht,³ gibt einer Partei die Möglichkeit, sich von einem bestehenden Rechtsgeschäft loszukaufen.⁴ Haben die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen, so hat die arrhe gemäß Art. 1590 C.c. sogar grundsätzlich diese Wirkung eines Reugelds; die Möglichkeit eines Gegenbeweises bleibt jedoch den Parteien stets unbenommen.⁵

Ist die arrhe dagegen als Verfallklausel ausgestaltet,⁶ so kommt ihr dieselbe Wirkung wie einer clause pénale zu.⁷

(4) Die rechtlichen Grundlagen der clause pénale

Die clause pénale ist ein Vertrag, der aus der Privatautonomie abgeleitet wird und auf den die Sonderbestimmungen der Art. 1226 - 1233 und 1152 des Code civil Anwendung finden. Der Inhalt dieser Bestimmungen läßt sich wie folgt darstellen:

1. Die Art. 1226 und 1229 Abs. 1 C.c. enthalten die beiden Legaldefinitionen der clause pénale.⁸

1) Vgl. MARUANI, op.cit., S. 93. Insoweit entspricht die arrhe der im deutschen Zivilrecht in den §§ 336 - 338 BGB geregelten Draufgabe.

2) Vgl. PLANIOL-RIPERT, op.cit., X, Nr. 427.

3) Vgl. oben, S. 138.

4) Vgl. STARCK, op.cit., Nr. 1237.

5) Vgl. FERID, op.cit., Anm. 2 B 194.

6) Vgl. zum Begriff der Verfallklausel oben, S. 137.

7) Vgl. STARCK, op.cit. Nr. 1239.

8) Vgl. oben, S. 163.

2. Art. 1227 C.c. verkündet den Grundsatz der Akzessorietät der clause pénale.
3. Die Art. 1228 und 1229 Abs. 2 C.c. regeln das Verhältnis von clause pénale und dem Anspruch auf Erfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit.
4. Art. 1230 c.c. bestimmt die Voraussetzungen, unter denen die clause pénale verwirkt wird.
5. Die Art. 1231 und 1152 C.c. betreffen die richterliche Kontrolle der clause pénale.
6. Die Art. 1232 und 1233 C.c. enthalten erbrechtliche Sondervorschriften.

(a) Die Wirksamkeitsvoraussetzungen

1. Für das Zustandekommen einer clause pénale gelten die allgemeinen Bestimmungen des Vertragsrechts.

Grundsätzlich kann eine clause pénale frei vereinbart werden. Von diesem Grundsatz gibt es allerdings einige gesetzliche Ausnahmen, vornehmlich auf dem Gebiet des Transport- und Versicherungswesens und des Arbeitsrechts.¹

Die Vereinbarung einer clause pénale darf ferner nicht zum Zweck der Umgehung zwingenden Rechts abgeschlossen werden: Liegt eine solche Umgehung vor, so führt das automatisch zur Unwirksamkeit der clause pénale.² Der Fall einer unzulässigen Gesetzesumgehung kann insbe-

1) Vgl. BEGUIN, op.cit., Nr. 4.

2) Vgl. ALFANDARI, op.cit., Nr. 3: "Même s'il n'existe aucune prohibition directe, la clause pénale pourrait encore être annulée pour fraude à la loi quand elle cherche à tourner une règle d'ordre public."

sondere dann vorliegen, wenn eine clause pénale eine haftungsbeschränkende Wirkung besitzt;¹ denn im französischen Zivilrecht ist jede vertragliche Beschränkung der deliktischen Haftung unwirksam.² Demgegenüber sind der Ausschluß oder die Beschränkung der vertraglichen Haftung grundsätzlich zulässig. Von dieser Regel gibt es wiederum zwei Ausnahmen: Der Schuldner kann seine Haftung weder für Vorsatz (faute intentionnelle ou dol) noch für Personenschäden (domage à la personne) ausschließen.³ In allen diesen Fällen ist eine Haftungsbeschränkung, die unter Umgehung dieser Verbote durch Vereinbarung einer entsprechend niedrigen clause pénale bewirkt würde, unwirksam. In einem solchen Fall bleibt es dem Gläubiger unbenommen, seinen entstandenen Mehrschaden geltend zu machen; allerdings muß der Gläubiger dafür den vollen Schadennachweis führen.⁴

2. Durch eine clause pénale kann jede vertragliche Verpflichtung gesichert werden. Dies ist eine Konsequenz der vertraglichen Gestaltungsfreiheit. Ferner können grundsätzlich auch gesetzliche Pflichten zum Gegenstand einer clause pénale gemacht werden.⁵ Eine Ausnahme gilt nach ständiger Rechtsprechung, wie bereits erörtert, allerdings für die Fälle, in denen die clause pénale haftungsbeschränkend wirkt, so daß die deliktische Haftung prinzipiell nicht durch Vereinbarung einer clause pénale reduziert werden kann.⁶

1) Vgl. oben, S. 165.

2) Vgl. MAZEAUD, op.cit., Nr. 633 ff.

3) Vgl. statt vieler MAZEAUD, op.cit., a.a.O., und VOUIN-ROBINO, op.cit., S. 585 ff.

4) Vgl. PLANIOL-RIPERT, op.cit., Nr. 869.

5) Vgl. MARUANI, op.cit., S. 79.

6) Vgl. oben, S. 168, sowie MAZEAUD, op.cit., Nr. 642 und 638, mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen, allerdings auch mit einigen kritischen Anmerkungen zu dieser Rechtsprechung.

3. Aus dem akzessorischen Charakter der clause pénale folgt, daß sie stets eine wirksame und bestehende Hauptverbindlichkeit voraussetzt. In Art. 1227 Abs. 1 C.c. wird bestimmt: "La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale." Aus diesem Grunde führt z.B. auch eine eventuelle Auflösung des Vertrages (résolution du contrat) für den Fall der Nichterfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit¹ grundsätzlich zu einem Fortfall der clause pénale, da diese rückwirkend zusammen mit der Auflösung des Vertrags gegenstandslos wird;² die Parteien können jedoch auch eine abweichende Vereinbarung treffen.

Umgekehrt führt die Nichtigkeit der clause pénale nicht zur Nichtigkeit der gesicherten Hauptverbindlichkeit, Art. 1227 Abs. 2 C.c.

(b) Die Verwirkung der clause pénale

Voraussetzung für die Verwirkung der clause pénale ist, daß der Schuldner mit der Hauptverbindlichkeit in Verzug (demeure) kommt, Art. 1230 C.c. Die Verzugsvoraussetzungen, die im französischen Zivilrecht grundsätzlich für jede Sanktion einer Leistungsstörung gelten, richten sich nach der allgemeinen schuldrechtlichen Regel des Art. 1146 C.c. Falls die Hauptverbindlichkeit in einer Unterlassungspflicht besteht oder Fixgeschäftcharakter besitzt, muß der Schuldner ausnahmsweise nicht in Verzug gesetzt werden, Art. 1145, 1146 2. Halbsatz C.c. Auch kann Art. 1230 C.c. als nachgiebiges Recht von den Parteien abbedungen werden.³

1) Vgl. Art. 1184 C.c.

2) Vgl. PLANIOL-RIPERT, op.cit., Nr. 872.

3) Vgl. Cass. Civ. v. 22.1.1971, J.C.P. 71, IV, 49.

Ferner muß der Schuldner die Nichterfüllung grundsätzlich zu vertreten haben.¹ In den Fällen, in denen die Hauptverbindlichkeit aus einer sog. "obligation de moyen"² besteht, bedarf es eines echten Verschuldens (faute) des Schuldners; handelt es sich dagegen um eine sog. "obligation de résultat", so scheidet eine Haftung des Schuldners nur bei Vorliegen höherer Gewalt (force majeure) aus.³

Es ist allerdings auch möglich, daß die Parteien eine garantieähnliche Haftung des Inhalts vereinbaren, daß die clause pénale in allen Fällen der Nichterfüllung, unabhängig vom Verhalten des Schuldners, verwirkt sein soll.⁴

Für die Verwirkung einer clause pénale braucht der Gläubiger nicht nachzuweisen, daß ihm durch die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit tatsächlich ein Schaden entstanden ist.⁵

(c) Das Verhältnis zwischen der clause pénale und sonstigen vertraglichen Ansprüchen

Ist die clause pénale verwirkt, so hat der Gläubiger des Strafversprechens grundsätzlich die Wahl zwischen der vereinbarten Strafe einerseits und der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit andererseits, Art. 1228 C.c. Der Schuldner kann sich dagegen der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht entziehen, indem er die Strafe leistet.⁶

1) Vgl. STARCK, op.cit., Nr. 2116.

2) Zur Unterscheidung zwischen den sog. "obligations de moyen" und den "obligations de résultat" vgl. oben, S. 123, Fußn. 2, und den dort angeführten Literaturhinweis.

3) Vgl. STARCK, a.a.O.

4) Vgl. Cass.Civ. v. 30.4.1969, Bullciv. IV, Nr. 149.
Vgl. ferner BEGUIN, op.cit., Nr. 13.

5) Vgl. BEGUIN, op.cit., Nr. 8, sowie oben, S. 164.

6) Vgl. STARCK, op.cit., Nr. 2118.

Art. 1229 Abs. 2 C.c. stellt klar, daß der Gläubiger immer nur die Erfüllung entweder des einen oder des anderen Anspruchs verlangen kann; denn zwischen beiden Ansprüchen besteht grundsätzlich ein Kumulationsverbot. Dieses Verbot ergibt sich aus der Funktion der clause pénale, die darin besteht, den durch die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit entstandenen Schaden pauschal abzugelten.¹ Der Gläubiger kann daher neben der Pauschale nicht zugleich auch Erfüllung verlangen; verlangt er Erfüllung, so liegt darin ein Verzicht auf die verwirkte Strafe.²

Eine Ausnahme vom Kumulationsverbot gilt gemäß Art. 1229 Abs. 2, 2.Halbsatz C.c. allein für den Fall des Verzugs (le simple retard dans l'exécution de l'obligation). Diese Ausnahme wird damit begründet, daß in diesen Fällen die Strafe lediglich einen Ausgleich für den Verzugsschaden, nicht dagegen für den Nichterfüllungsschaden darstellt.³

Das Kumulationsverbot ist allerdings abdingbar. Eine derartige von der gesetzlichen Regelung des Code civil abweichende Vereinbarung muß jedoch von den Parteien erkennbar gewollt und ausdrücklich getroffen sein; im Zweifel bleibt deshalb der Grundsatz des "non-cumul" bestehen.⁴

(d) Die richterliche Kontrolle der clause pénale

Auch im französischen Recht müssen grundsätzlich zwei Arten der richterlichen Kontrolle der clause pénale unterschieden werden: Die Überprüfung der Wirksamkeit der Ver-

1) Vgl. BEGUIN, op.cit., Nr. 11.

2) Vgl. STARCK, op.cit., Nr. 2118; PLANIOL-RIPERT, op.cit., Nr. 873.

3) Vgl. BEGUIN, op.cit., Nr. 11.

4) Vgl. MARUANI, op.cit., S. 112 - 115.

einbarung und der Verwirkung der clause pénale, einerseits, sowie die Kontrolle der Strafhöhe, andererseits.¹ In den beiden ersten Fällen handelt es sich um eine im Vertragsrecht allgemein übliche Form der Rechtmäßigkeitskontrolle. Bei der Kontrolle der Strafhöhe kann der Richter darüberhinaus unter bestimmten Voraussetzungen die Höhe der Strafe auf ihre Angemessenheit hin überprüfen und sie erforderlichenfalls in rechtsgestaltender Weise neu festsetzen.

Wenn im Zusammenhang mit der clause pénale von richterlicher Kontrolle gesprochen wird, so ist in der Regel diese zweite Form der Kontrolle gemeint. Auch im folgenden soll nur von der Möglichkeit der Überprüfung der Strafhöhe die Rede sein.

Im Code civil gibt es zwei Rechtsgrundlagen, die den Richter dazu ermächtigen, auf die Höhe der auf Grund einer clause pénale verwirkten Strafe gestaltend einzuwirken: Art. 1231 C.c. und Art. 1152 C.c.

1. Art. 1231 Code civil

Das richterliche Ermäßigungsrecht auf Grund des Art. 1231 C.c. ist erst vor kurzer Zeit durch Art. 2 des Gesetzes Nr. 75 - 597 vom 9.7.1975² geändert worden. Zweck dieser Gesetzesänderung war es, anlässlich der Einführung einer allgemeinen Billigkeitskontrolle der clause pénale³ gleichzeitig die in der Vergangenheit in Teilen der Rechtsprechung und des Schrifttums aufgetretenen Zweifel hinsicht-

1) Vgl. ALFANDARI, J.C.P. 1971, I, 2395, Nr. 3, der allerdings der Kontrolle der Verwirkungsvoraussetzungen eine selbständige Funktion beimißt.

2) Abgedruckt im J.O. v. 10.7.1975, S. 7076 und J.C.P. 1975, III, 43064.

3) Vgl. unten, S. 177 ff.

lich der Auslegung des Art. 1231 C.c. alter Fassung auszuräumen.¹

In seiner Neufassung lautet Art. 1231 C.c. nunmehr: "Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."

Voraussetzung für eine Herabsetzung der Strafe gemäß Art. 1231 C.c. ist zunächst, daß eine sog. Teilleistung vorliegt, was allerdings nur dann der Fall sein kann, wenn es sich um eine teilbare Leistung handelt. Die Teilbarkeit einer Leistung richtet sich nach den Art. 1217 - 1219 des C.c., insbesondere nach dem Inhalt der gesicherten Hauptverbindlichkeit. Auf die Know-how-Vergabe bezogen läge eine teilbare Leistung allenfalls bei bestimmten Nichtanwendungspflichten vor. Die Pflicht zur Mitteilung des Know-how und zur Geheimhaltung sind dagegen in der Regel als unteilbar anzusehen.

Weiter setzt die Anwendung des Art. 1231 C.c. voraus, daß die clause pénale für den Fall der "inexécution totale" vorgesehen worden ist.² Den Parteien steht es grundsätzlich frei, die clause pénale entweder für die ganze oder

-
- 1) Vgl. zu den Meinungsstreitigkeiten bezüglich der Auslegung des Art. 1231 C.c. a.F. die Aufsätze von BOCCARA, J.C.P. 1970, I, 2294 und BAUDOUIN, Rec. gén. lois et jurispr. 1968, S. 565 - 568, mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen, sowie die Urteilsanmerkung von MAILAURIE zur Entscheidung der Cour de Cass. com. v. 10.7.1972, in D. 1972, S. 728 - 730.
 - 2) Insoweit stimmt Art. 1231 C.c. mit der alten Gesetzesfassung überein, so daß die zu diesem Fragenkreis ergangene Rechtsprechung ihre Gültigkeit behalten hat. Vgl. daher Cass. com. v. 13.11.1969, J.C.P. 70, II, 16376 und Rouen v. 5.3.1970, J.C.P. 71, II, 16581. Vgl. ferner PLANIOL-RIPERT, op.cit., Nr. 870.

aber für die teilweise Nichterfüllung oder den bloßen Verzug des Schuldners mit der gesicherten Hauptverbindlichkeit zu vereinbaren. In den beiden letzteren Fällen ist eine Herabsetzung der Strafe gemäß Art. 1231 C.c. ausgeschlossen.¹

Falls die Voraussetzungen für eine Anwendung des Art. 1231 C.c. erfüllt sind, kann der Richter die verwirkte Strafe nach pflichtgemäßem Ermessen herabsetzen. Dieses Ermäßigungsrecht erlaubt allerdings nur eine Herabsetzung der Strafe im Verhältnis zum Interesse, das der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit hat.² Als Grundlage für die Ermäßigung dient die vereinbarte Strafe. Dagegen ist es dem Richter nicht gestattet, auf Grund von Art. 1231 C.c. die Strafhöhe an Hand des tatsächlich entstandenen Schadens zu überprüfen und entsprechend zu modifizieren; denn Art. 1231 C.c. ist - streng genommen - nur ein Sonderfall ergänzender Vertragsauslegung. In der Begründung zu der Neufassung des Art. 1231 C.c. heißt es dazu ausdrücklich: "La volonté des parties reste le fondement de l'opération et le juge doit se borner à réduire la peine dans la proportion de l'exécution."³

Der Grund für diese Regelung liegt darin, daß die clause pénale in erster Linie das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit sichern soll. Ist eine clause pénale für den Fall einer "inexécution totale" versprochen worden und liegt nur eine "inexécution par-

-
- 1) Vgl. BOCCARA, J.C.P. 1970, I, 2294, mit zahlreichen weiteren Rechtsprechungsnachweisen.
 - 2) Vgl. den im Gegensatz zur früheren Regelung nunmehr eindeutigen Wortlaut des Art. 1231 C.c.
 - 3) Vgl. Rapport de M. GERBET, au nom de la commission des lois, n° 1603, Assemblée Nationale, p. 7.

tielle" vor, so führt zwar auch diese teilweise Nichterfüllung grundsätzlich zur Verwirkung der ganzen Strafe;¹ ein Interesse an der Geltendmachung der verwirkten Strafe besteht in einem solchen Fall gleichwohl nur hinsichtlich des nicht erfüllten Teils der Leistung. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch aus dem die clause pénale beherrschenden Grundsatz des "noncumul",² der ein Nebeneinander von Erfüllungsanspruch und verwirkter Strafe prinzipiell ausschließt. In den Fällen des Art. 1231 C.c. wird daher der Gläubiger in dem Umfang, in dem sein Anspruch erfüllt worden ist, als befriedigt angesehen und folglich die clause pénale insoweit als gegenstandslos behandelt, so daß es nur als konsequent erscheint, daß der Richter die Strafe allein im Verhältnis zu dem erfüllten Teil der Hauptverbindlichkeit auf der Grundlage der vereinbarten Strafhöhe herabsetzen kann.

War die clause pénale von Anfang an überhöht, so liegt es in der Systematik des Art. 1231 C.c., wenn die ermäßigte Strafe dem Gläubiger gemessen an dem effektiv erlittenen Schaden weiterhin einen proportionalen Vorteil wahrt. Keinesfalls ermächtigt Art. 1231 C.c. den Richter, im Gegensatz zu früheren Bestrebungen in Rechtsprechung und Schrifttum auf dem Umweg über Art. 1231 C.c. zu einer allgemeinen Billigkeitskontrolle der clause pénale zu gelangen.³

Im Gegensatz zur früheren Fassung kann das Ermäßigungsrecht des Richters gemäß Art. 1231 C.c. von den Parteien der clause pénale nicht mehr abbedungen werden, Art. 1231 Satz 2 C.c.

1) Vgl. dazu, daß der Code civil nur einen einzigen Begriff der Leistungsstörung, die "inexécution" kennt, oben, S. 122.

2) Vgl. oben, S. 172.

3) Vgl. Trib.Com. de Grenoble v. 12.5.1969; Cour de Paris v. 21.1.1970, J.C.P. 1970, II, 16376, aufgehoben durch

2. Art. 1152 Code civil

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der clause pénale vom 9.7.1975 ist in Frankreich Art. 1152 C.c. die Rechtsgrundlage für die richterliche Billigkeitskontrolle der clause pénale.¹

Während in der Vergangenheit eine Überprüfung der vereinbarten Strafhöhe auf ihre Angemessenheit durch ein Gericht generell ausgeschlossen war,² hat die jüngste Reform des Art. 1152 C.c. diese Möglichkeit eröffnet.

Art. 1152 C.c. lautet in seiner Neufassung:

"Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."

Cass.com. v. 10.7.1972, a.a.O.; Cour d'Appel de Rouen v. 3.7.1970, D. 1970, 676. Vgl. ferner BOCCARA, a.a.O., und den Rapport de M. GERBET, op.cit., p. 5.

- 1) Vgl. Art. 1 des Gesetzes Nr. 75 - 597 v. 9.7.1975, abgedruckt in J.O. v. 10.7.1975, S. 7076, und J.C.P. 1975, III, 43064. Die Anwendbarkeit des Art. 1152 wird durch Art. 1231 C.c. nicht berührt; vgl. den Wortlaut von Art. 1231 C.c., wo es ausdrücklich heißt: "... sans préjudice de l'application de l'article 1152."
- 2) Vgl. Art. 1152 C.c. a.F. und die in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung durch die Cour de Cassation vertretene, in der Entscheidung vom 14.2.1866, D. 1866, 64, erstmals formulierte Auffassung: "Il n'est pas permis au juge, sous prétexte d'équité d'augmenter ou d'amoindrir le montant de la clause pénale." Vgl. auch BEGUIN, op.cit., Nr. 16, mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen. Diese starre Regelung ist in der Vergangenheit heftig kritisiert worden; vgl. statt vieler, MAZEAUD, op.cit., Nr. 643; STARCK, op.cit., Nr. 2118 ff, 2135; CARBONNIER, op.cit., II, Nr. 162.

In seinem Absatz 1 enthält Art. 1152 C.c. zunächst unverändert den Grundsatz, daß eine clause pénale im Falle ihrer Verwirkung weder erhöht noch ermäßigt werden darf. Dieses starre Prinzip der Unabänderbarkeit der clause pénale, das in der Vergangenheit auf einigen Gebieten zu groben Mißbräuchen geführt hat,¹ ist nunmehr durch Einfügung von Art. 1152 Absatz 2 C.c. durchbrochen worden: Darin wird der Richter ermächtigt, eine offensichtlich überhöhte Strafe zu ermäßigen und eine offensichtlich geringfügige Strafe zu erhöhen.²

Damit hat allerdings der Gesetzgeber gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß dieses Interventionsrecht des Richters nur in Ausnahmefällen gegeben sein soll. Mit der Reform des Art. 1152 sollten nämlich weder der Wert der clause pénale als Druckmittel zur Erfüllung von Ver-

-
- 1) Anlaß für die jüngste Gesetzesreform waren insbesondere eklatante Mißbräuche auf dem Leasingsektor. Dort war es bereits zur Übung geworden, daß sich Leasing-Geber, regelmäßig in sog. Formularverträgen, für den Fall des Zahlungsverzuges des Leasing-Nehmers sämtliche ausstehende Leasing-Raten als Vertragsstrafe versprechen ließen; gleichzeitig wurde bei Zahlungsverzug der Vertrag aufgelöst und der Leasing-Nehmer zusätzlich verpflichtet, den Leasing-Gegenstand herauszugeben. Vgl. Cass. Com. v. 30.4.1974, J.C.P. 1976, II, 18282, wo der Leasing-Nehmer die "geleaste" Maschine noch nicht einmal in Besitz genommen hatte und gleichwohl auf dem Umweg über die Vertragsstrafe die Leasing-Gebühren für die gesamte Laufzeit des Vertrages bezahlen mußte: Nicht einmal in diesem offensichtlichen Fall einer mißbräuchlichen Verwendung der clause pénale sah sich die Cour de Cassation angesichts des klaren Wortlauts des Art. 1152 C.c. a.F. zu einer Ermäßigung befugt.
 - 2) Dieses Recht, eine geringfügige Strafe zu erhöhen, muß unterschieden werden von den Fällen, in denen eine Strafe wegen ihrer haftungsbeschränkenden Wirkungen nichtig ist (vgl. oben, S. 169) und eine Korrektur daher ausgeschlossen ist.

tragspflichten noch ihre Funktion als einvernehmliche, antizipierte Schadensschätzung in Frage gestellt werden. Diese Absicht kommt in den Gesetzesmaterialien klar zum Ausdruck. In der Begründung des Gesetzentwurfs zur Reform des Art. 1152¹ heißt es wörtlich: "Il ne paraît pas opportun en effet d'abroger purement et simplement l'article 1152 du Code civil car le recours à une pénalité forfaitaire reste fondé pour décourager à l'avance une résistance injustifié du débiteur. Mais les abus seront désormais évités ..." Und der Bericht der commission des lois der Assemblée Nationale² kommt zu dem Ergebnis: "Il semble utile de maintenir dans son principe la clause pénale qui présente une valeur comminatoire salutaire. La proposition de loi laisse donc aux parties le soin de fixer une pénalité forfaitaire - sans exiger sa stricte correspondance avec le préjudice subi -, tout en ménageant un pouvoir d'intervention judiciaire dans les cas d'abus." Ein Auseinanderfallen der verwirkten Strafe mit dem tatsächlich erlittenen Schaden begründet daher für den Richter grundsätzlich noch keine der in Art. 1152 Abs. 2 C.c. eingeräumten Kontrollbefugnisse.³ Diese Auslegung wird auch von BOCCARA bestätigt, der betont, "que cette faculté de révision doit demeurer exceptionnelle, car elle remet en cause un accord conventionnel librement consenti."⁴

Es wird in der Zukunft Aufgabe der Rechtsprechung sein, Kriterien für die Auslegung und Anwendung des Art. 1152 Abs. 2 C.c. zu entwickeln; bislang liegt noch keine Entscheidung dazu vor.

1) Proposition de loi n° 1365.

2) Rapport de M. GERBET, no. 1603.

3) Im Ergebnis ebenso FURKEL in einer Urteilsanmerkung unter Cass. com. v. 30.4.1974, J.C.P. 1976, II, 18282, a.E.

4) J.C.P. 1975, I, 2742.

Zunächst wird es einer Klärung der Frage bedürfen, wann eine Strafe im Einzelfall als "manifestement excessive ou dérisoire" anzusehen ist. Damit eine Strafe als offensichtlich überhöht bezeichnet werden kann, muß ein offensichtliches Mißverhältnis zwischen der Strafe und dem Erfüllungsinteresse des Gläubigers bestehen. Für die Bemessung des Gläubigerinteresses dürfte es dabei angesichts der Mehrfachfunktion der clause pénale nicht nur auf das reine Erfüllungsinteresse, sondern auch auf das berechnete Interesse des Gläubigers ankommen, den Schuldner zur vertragsgemäßen Erfüllung anzuhalten.¹ Desgleichen ist eine Strafe nicht schon dann offensichtlich geringfügig, wenn sie unter dem effektiven Schaden liegt, sondern erst, wenn der Gläubiger dadurch praktisch rechtlos gestellt werden würde. Das Merkmal "offensichtlich" deutet im übrigen darauf hin, daß das Mißverhältnis für den erkennenden Richter klar ersichtlich sein muß; denn keinesfalls darf die Anwendung des Art. 1152 Abs. 2 C.c. dazu führen, daß der Richter beziehungsweise diejenige Partei, welche sich auf das Mißverhältnis der Strafe beruft, konkrete Schadensberechnungen anstellen muß.

Ferner wird die Rechtsprechung zu klären haben, nach welchen Gesichtspunkten die Ausübung des richterlichen Revisionsrechts zu erfolgen hat. Im wesentlichen bieten sich dafür drei Möglichkeiten an:²

1. Die offensichtlich überhöhte oder geringfügige Strafe wird an den tatsächlich entstandenen Schaden angeglichen.

1) In dem oben beschriebenen Leasing-Fall, in dem der Gläubiger keinerlei Gegenleistung erbracht hatte und auf dem Umweg über die vereinbarte clause pénale von seinem Vertragspartner gleichwohl praktisch vollständige Erfüllung verlangen konnte, dürfte es nicht schwer sein, ein derartiges Mißverhältnis zu bejahen. Vgl. zu der Bewertung dieses Falles auch FURKEL, J.C.P., 1976, II, 18282.

2) Vgl. dazu BOCCARA, J.C.P., 1975, I, 2742, Nr. 41 - 54, der bislang als einziger zu dieser Frage Stellung genommen hat.

2. Die Strafe wird nach dem freien Ermessen des Gerichts neu festgesetzt.
3. Die Strafe wird auf das Maß reduziert oder erhöht, das gerade nicht mehr als mißbräuchlich angesehen werden muß.

Letzterer Möglichkeit dürfte der Vorzug zu geben sein: Denn die Ausübung des richterlichen Revisionsrechts darf nach Sinn und Zweck des Art. 1152 Abs. 2 C.c. weder dazu führen, daß das Gericht genötigt wird, letztlich doch konkrete Schadensberechnungen anzustellen, noch darf es dazu führen, daß die Bestimmung der Strafhöhe ganz in das Belieben des Gerichts gestellt wird. In beiden Fällen würde damit die von den Vertragsparteien frei vereinbarte Strafe völlig beseitigt werden, obwohl nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 1152 Abs. 2 C.c. der Richter nur zu einer Korrektur der für mißbräuchlich erachteten Strafe berechtigt ist. Daher entspricht die dritte Möglichkeit, bei der der Richter lediglich dazu befugt ist, die Strafe in ihre zulässigen Schranken zu verweisen, am ehesten der gesetzlichen Regelung. Auch BOCCARA vertritt diese Auffassung mit folgender Begründung: "Le principe selon lequel le seuil d'excès manifeste constitue la condition primaire de l'intervention judiciaire doit avoir pour corollaire nécessaire que ce même seuil marque les limites de cette intervention."¹

Die richterliche Kontrollbefugnis gemäß Art. 1152 Abs. 2 C.c. stellt zwingendes Recht dar, Art. 1152 Abs. 2 Satz 2 C.c. Umgekehrt bleibt es den Parteien unbenommen, den Rahmen des gesetzlichen Revisionsrechts vertraglich zu erweitern, wofür in der Praxis allerdings kaum ein Interesse bestehen dürfte.

1) Vgl. BOCCARA, a.a.O., Nr. 50.

Demgegenüber besteht in der Praxis, namentlich unter Kaufleuten, auf die Art. 1152 C.c. ohne Unterschied in vollem Umfang zur Anwendung kommt, häufig ein Interesse daran, die Ausübung der Kontrollrechte auf ein Schiedsgericht zu übertragen.

In Frankreich ist der Abschluß einer Schiedsvereinbarung (clause compromissoire), die sich auf die Beilegung künftiger Rechtsstreitigkeiten bezieht, allerdings nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften zulässig, Art. 631 Abs. 2 des Code de commerce i.V.m. Art. 2061 C.c.fr. Handelt es sich dagegen um eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit, so kann ein Schiedsvertrag (compromis) auch bei Streitigkeiten aus bürgerlichen Rechtsgeschäften geschlossen werden.¹

1) Vgl. N.R. DALLOZ, "arbitrage", Nr. 32 ff; vgl. dazu auch SCHLOSSER, op.cit., Bd. 1, Rdnr. 111 und 256-259.

c) Belgien

Auch im belgischen Recht ist das der deutschen Vertragsstrafe entsprechende Rechtsinstitut die clause pénale. Gesetzlich ist die clause pénale - ebenso wie im französischen Recht - in den Artikeln 1226-1233 und 1152 des Code civil belge geregelt.¹ Diese Bestimmungen sind auch inhaltlich weitgehend mit denen des französischen Code civil identisch und werden in Rechtsprechung und Schrifttum in Belgien wie in Frankreich im großen und ganzen übereinstimmend ausgelegt. Insoweit kann daher wegen des Begriffs und der rechtlichen Behandlung der clause pénale vorbehaltlich der nachstehenden Ausführungen auf die Darstellung im vorhergehenden Abschnitt² verwiesen werden.³

Der bestehende Gleichlauf der clause pénale im französischen und belgischen Recht ist in jüngster Zeit allerdings in einem entscheidenden Punkt, nämlich der richterlichen Kontrollmöglichkeit einer verwirkten Strafe, durchbrochen worden. Während in Frankreich im vergangenen Jahr die Artikel 1152 und 1231 C.c. durch den Gesetzgeber reformiert worden sind,⁴ gilt in Belgien in der Fassung des Art. 1152 des Code civil belge der Grundsatz

-
- 1) Bekanntlich gilt in Belgien der Code civil seit der im Jahre 1830 durch Trennung von Frankreich erlangten Unabhängigkeit der Belgischen Krone bis zum heutigen Tage fort. Obwohl der Code civil in der Zwischenzeit durch den belgischen Gesetzgeber in einigen Teilen reformiert wurde und die belgische Rechtsprechung vereinzelt eine abweichende Auslegung vertritt, stehen die belgische Lehre und Rechtsprechung nach wie vor in allerengster Wechselwirkung zu Frankreich. Vgl. ZWEIFERT/KÖTZ, op.cit., Bd. I, S. 109.
 - 2) Vgl. oben, S. 163 ff.
 - 3) Vgl. zur clause pénale im belgischen Recht ferner die ausführlichen Erläuterungen bei de PAGE, op.cit., III, Nr. 117 ff., und DEKKERS, op.cit., II, Nr. 352.
 - 4) Vgl. oben, S. 173 ff. und 177 ff.

der Unabänderlichkeit der clause pénale fort. Indessen hat sich in Belgien seit dem Jahre 1970 eine neue Rechtsprechung herausgebildet, die zu einer Einschränkung des Unabänderlichkeitsgrundsatzes der clause pénale geführt hat.

Im folgenden wird sich die Darstellung der clause pénale im belgischen Recht aus den vorgenannten Gründen ausschließlich auf die richterliche Kontrollmöglichkeit der verwirkten Strafe beschränken.¹

(1) Das Prinzip der "irréductibilité" der clause pénale

Der Grundsatz der Unabänderlichkeit des clause pénale ist in Art. 1152 des Code civil belge verankert. Dort heißt es: "Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie ni une somme plus forte ni moindre." Daraus folgt, daß weder eine der Vertragsparteien noch ein Gericht die vereinbarte Strafe nachträglich einseitig modifizieren darf, und zwar weder in Richtung auf eine Erhöhung noch auf eine Herabsetzung der Strafe.² Dieser in Art. 1152 C.c.b. enthaltene Grundsatz ist lediglich ein Sonderfall des allge-

1) Hinsichtlich der Überprüfung des Zustandekommens und der Verwirkung der clause pénale gilt das oben, S. 168 ff. Gesagte.

2) Der französische Begriff "irréductibilité", der wörtlich "Unreduzierbarkeit" bedeutet, ist daher streng genommen zu eng, da Art. 1152 C.c. jede Veränderung der Strafe, auch nach oben verbietet. Gleichwohl wird allgemein der Begriff der "irréductibilité de la clause pénale" zur Bezeichnung des in Art. 1152 C.c.b. niedergelegten Prinzips gebraucht. Vgl. statt vieler de PAGE, op.cit., III, Nr. 124, 125.

meinen Grundsatzes, daß ordnungsgemäß zustande gekommene Verträge für die Vertragsparteien bindend sind und nachträglich nicht einseitig abgeändert werden dürfen.¹

Für den Bereich der clause pénale gibt es von diesem Grundsatz indessen einige gesetzliche Ausnahmen, in denen dem Richter ein Ermäßigungsrecht eingeräumt wird. Die praktisch bedeutsamsten Ausnahmeregelungen sind Art. 1231 C.c.b.² und Art. 10, § 2 und 19, § 2 des Gesetzes vom 9.7.1957 betreffend Abzahlungsgeschäfte.³ Die praktische Bedeutung dieser Ausnahmen ist jedoch beschränkt; auf dem Gebiet der Know-how-Vergabe spielen insbesondere beide letzteren Sondergesetze keine Rolle.

(2) Die neue höchstrichterliche Rechtsprechung zur clause pénale

Ebenso wie in Frankreich hat auch in Belgien der starre Grundsatz von der Unabänderbarkeit der clause pénale in der Praxis vor allem dann, wenn sich ein Gläubiger eine weit überhöhte Strafe versprechen ließ, zu Rechtsmißbräuchen geführt. Im Gegensatz zu der Entwicklung in Frankreich wurde dieses Problem in Belgien bislang nicht durch

-
- 1) Vgl. de PAGE, op.cit., III, Nr. 124 und 124 bis, der diesen allgemeinen, in Art. 1134 C.c. verankerten Grundsatz ausdrücklich hervorhebt.
 - 2) Art. 1231 C.c.b. regelt den Fall der teilweisen Erfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit. Obwohl der Wortlaut des Art. 1231 C.c. in der belgischen Fassung von dem revidierten Wortlaut der französischen Fassung heute abweicht, besteht hinsichtlich seiner Auslegung kein Unterschied, so daß insoweit auf die obigen Ausführungen, S. 174, verwiesen werden kann.
 - 3) Vgl. de PAGE, op.cit., III, Nr. 125; vgl. ferner die bei MOREAU-MARGREVE, Rev.Crit. de Jur. Belge, 1972, S. 481, Fußn. (63), und S. 482, Fußn. (65) und (66) aufgeführte Sondergesetzgebung zur clause pénale, insbesondere auf dem Gebiet des Arbeitsrechts.

den Gesetzgeber gelöst. Die belgische höchstrichterliche Rechtsprechung hat selbst den Versuch unternommen, de lege lata durch eine Neuinterpretation der clause pénale und ihrer gesetzlichen Grundlagen eine mißbräuchliche Verwendung überhöhter Vertragsstrafen von Rechts wegen zu unterbinden. Dieses Ziel ist durchweg erreicht worden, wie der folgende Überblick über die wichtigsten Stationen dieser Rechtsprechung zeigen wird, allerdings um den Preis einer teilweisen Denaturierung der traditionellen clause pénale und unter Inkaufnahme erheblicher Rechtsunsicherheiten.

(a) Das Urteil der Cour de Cassation vom 17.4.1970¹ stellt die erste Entscheidung in der Reihe dieser neuen Rechtsprechung zur clause pénale dar.

Gegenstand dieser Entscheidung war eine Vertragsstrafe, die zwischen dem Eigentümer eines Billardtisches und einem Gastwirt zur Sicherung eines Wettbewerbsverbotes vereinbart worden war. Für den Fall des Verstoßes gegen dieses Wettbewerbsverbot, das es dem Gastwirt untersagte, in seinem Lokal Billardtische von Dritten aufzustellen, hatte der Gastwirt die Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von FB 50.000 (ca. DM 3.350) versprochen.²

In dieser Entscheidung hat die Cour de Cassation weit über diesen konkreten Fall hinaus grundsätzlich zum Begriff der clause pénale, dem Anwendungsbereich des Art. 1152 C.c. und der Gültigkeit von Vertragsstrafenvereinbarungen Stellung genommen. Wegen ihrer Bedeutung sollen

1) Abgedruckt in P. 1970, I, 711 ff und in Rev.Crit. de Jur. Belge 1972, 454 ff.

2) Vgl. zum genauen Sachverhalt die Entscheidungsgründe, a.a.O.

hier die beiden Leitsätze der Entscheidung in vollem Wortlaut wiedergegeben werden:

"I. Puisque, selon l'article 1229 du Code civil, la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale, le juge, lorsqu'il décide que la somme stipulée ne peut être une réparation du dommage, peut légalement en déduire qu'il ne s'agit pas d'une clause pénale et que les dispositions de l'article 1152 du Code civil ne sont pas applicables.

II. Lorsque le juge constate que la clause litigieuse ne peut être une réparation du dommage et procure au créancier un bénéfice plus important que l'exécution normale du contrat, il motive régulièrement et justifie légalement sa décision en estimant la clause, pour cette raison, contraire aux dispositions de l'article 6 du Code civil."

Im ersten Teil der Entscheidung schränkt der Kassationshof zunächst den Anwendungsbereich des Art. 1152 C.c.b. weitgehend ein, indem er, ausgehend von einer Wechselbeziehung zwischen den Art. 1229 und 1152 C.c.b., die clause pénale als ein ausschließlich schadensersatzrechtliches Rechtsinstitut auslegt. Sodann zieht der Kassationshof aus dieser Neuinterpretation der clause pénale den Schluß, daß der Unabänderbarkeitsgrundsatz des Art. 1152 C.c.b., der ursprünglich auf jede Art von clause pénale angewendet wurde, nur auf eine Vereinbarung mit Schadensersatzcharakter zur Anwendung kommen könne, während ein Strafversprechen, das darauf gerichtet sei, auf den Schuldner Druck auszuüben, keine clause pénale im rechtlichen Sinne darstelle und folglich auch nicht unter den Herrschaftsbereich des Art. 1152 C.c.b. falle.¹ Eine nähere Begrün-

1) Vgl. Cour de Cass., Rev.Crit. de Jur. Belge, 1972, 456.

dung für diese Ansicht gibt der Kassationshof nicht. Auch werden in dem Urteil keine konkreten Angaben für eine Unterscheidung zwischen einem Strafversprechen mit ausschließlich schadensersatzrechtlichen und einem solchen mit Sanktionscharakter gemacht, insbesondere geht der Kassationshof nicht auf den Fall ein, daß ein Gläubiger mit einer clause pénale beide Ziele gleichzeitig verfolgt. Das Urteil enthält lediglich die Feststellung, daß eine clause pénale in dem dargelegten Sinne jedenfalls dann nicht vorliege, wenn die vereinbarte Strafe nicht als Ausgleich für den durch die Verletzung der Hauptverbindlichkeit eingetretenen Schaden angesehen werden könne, wobei die Entscheidung über die Bewertung eines Strafversprechens in das Ermessen des Gerichts gestellt wird. In dem zu entscheidenden Fall hat das Gericht den schadensersatzrechtlichen Charakter der getroffenen Vereinbarung verneint. Die vereinbarte Strafe für den einmaligen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot übersteige sogar den Neuwert des Billardtischs, des eigentlichen Vertragsgegenstandes mit FB 50.000 um FB. 5.000 bei weitem. Es liege daher die Vermutung nahe, daß die Vereinbarung der clause pénale nur den Zweck habe, dem Gläubiger auf Kosten des Schuldners einen Vorteil zu verschaffen und nicht einen Ausgleich für die Verletzung des Wettbewerbsverbots zu sichern.¹

Im zweiten Teil der Entscheidung stellt der Kassationshof fest, daß ein Strafversprechen, das in dem oben genannten Sinne nicht als Schadensausgleich für die Nichterfüllung angesehen werden könne und dem Gläubiger einen größeren

1) Vgl. Cour de Cass., a.a.O., S. 457: "Attendu ... que la clause vise nécessairement autre chose que la détermination d'une indemnité et que'en fixant la réparation du dommage si haut que le manquement du co-contractant procure un bénéfice plus important que l'exécution normale du contrat, ... tout semble indiquer que l'on spécule en fait sur la non-exécution des obligations contractuelles."

Vorteil als die normale Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verschaffe,¹ gegen die guten Sitten verstoße, Art. 6 C.c.b., und daher vom Gericht für nichtig erklärt werden könne. Dagegen nimmt der Kassationshof nicht zu der Frage Stellung, ob eine Strafvereinbarung mit Sanktionscharakter schon per se für nichtig angesehen werden müsse. Ebenso wie die Beurteilung eines Strafversprechens als clause pénale wird in dem Urteil die Entscheidung über den Ausspruch der Nichtigkeit einer Strafvereinbarung in das Ermessen des Richters gestellt. Für den konkret zu entscheidenden Fall hat der Kassationshof aus denselben Erwägungen heraus, aus denen er vorher das Vorliegen einer clause pénale verneint hatte,² die fragliche Klausel für nichtig erklärt.

(b) Im Urteil vom 24.11.1972³ hat die Cour de Cassation ihre erste Entscheidung weitgehend bestätigt ohne jedoch den Inhalt der richterlichen Kontrollbefugnisse näher auszugestalten. Allerdings bringt die Entscheidung - von einigen formalen Nuancen in der Begründung abgesehen - eine gewisse Einschränkung gegenüber der Erstentscheidung, was die Grenzen der Gültigkeit einer clause pénale betrifft. Während es der Kassationshof ursprünglich für eine Nichtigerklärung einer Strafvereinbarung für ausreichend erachtet hatte, daß die vereinbarte Strafhöhe dem Gläubiger einen "benefice plus important que l'exécution normale du contrat" verleiht,⁴ verlangt er nunmehr, daß der Vorteil

-
- 1) Cour de Cass., a.a.O., S. 458: "Attendu ... que lorsque la clause ne peut être une réparation du dommage et procure au créancier un bénéfice beaucoup plus important que l'exécution normale du contrat ..."
 - 2) Vgl. oben, S. 188.
 - 3) Abgedruckt in P. 1973, I, 297 ff und Rev.Crit. de Jur. Belge 1973, 302 ff.
 - 4) Vgl. den 2. Leitsatz der Entscheidung v. 17.4.1970, a.a.O.; dabei fällt auf, daß der Kassationshof in den Entscheidungsgründen desselben Urteils bereits von einem "bénéfice beaucoup plus important" gesprochen hat, vgl. a.a.O., S. 458.

"hors de toute proportion", also unverhältnismäßig ist.¹ Der Grund für diese Einschränkung dürfte in erster Linie darin zu sehen sein, daß nach der Ansicht des Kassationshofes durch die neue, monofunktionale Auslegung der clause pénale der Pauschalierungscharakter einer Schadensvereinbarung grundsätzlich nicht in Frage gestellt werden dürfte. In der Praxis bedeutet das, daß ein Gericht auch unter Zugrundelegung der neuen Rechtsprechung keine konkreten Schadensberechnungen anzustellen braucht. Vielmehr genügt es, daß sich das Mißverhältnis zwischen Strafe und Erfüllungsinteresse als offensichtlich unverhältnismäßig erweist.²

(c) In seinem Urteil vom 1.2.1974³ hat der Kassationshof in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, daß eine Strafvereinbarung immer dann nicht als clause pénale qualifiziert werden könne, wenn dem Gläubiger infolge der Nichterfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit überhaupt kein Schaden entstanden sei, so daß Art. 1152 C.c.b. nicht zur Anwendung komme. Das gelte

1) Vgl. Cour de Cass. v. 24.11.1972, Rev.Crit. de Jur. Belge 1973, 302 und 304, wo auch davon die Rede ist, daß die Klausel wegen ihrer "énormité" für nichtig erachtet werden müsse.

2) Eine solche offensichtliche Unverhältnismäßigkeit hat der Kassationshof in dem der Entscheidung vom 24.11.1972, a.a.O., zugrundeliegenden Sachverhalt angenommen. Dort war in einem Vertrag über den Bau eines Wohnhauses zwischen dem Bauherrn und dem Bauunternehmer vereinbart worden, daß im Fall der Nichterfüllung eines der Vertragspflichten des Bauunternehmers der Vertrag aufgelöst sein sollte, mit der Folge, daß der Schuldner nicht nur seinen Anspruch auf Erstattung der ausgelegten Baukosten, sondern auch seinen Werklohnanspruch verliert; außerdem hatte sich der Bauunternehmer verpflichtet, dem Bauherrn den Kaufpreis für das Grundstück als Schadensersatz zu bezahlen. Im Ergebnis hätte der Bauherr im konkreten Fall daher ohne jede Gegenleistung den bereits gebauten Teil des Wohnhauses behalten und zusätzlich noch die Grundstückskosten vom Bauunternehmer verlangen können.

3) Abgedruckt in P. 1974, I, 576 f.

auch dann, wenn die Parteien bei Vertragsschluß im Falle der Nichterfüllung den Eintritt eines Schadens übereinstimmend für möglich gehalten haben. Ob eine Strafvereinbarung in einem solchen Fall generell auch für nichtig erklärt werden müsse, sagt das Gericht nicht. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß die Gültigkeit eines Strafversprechens auch dann, wenn tatsächlich kein Schaden eingetreten ist, sich nach der Verhältnismäßigkeit der Strafhöhe richtet.

(3) Kritik an der neuen Rechtsprechung

Im Schrifttum ist diese neue Rechtsprechung von Anfang an auf Ablehnung gestoßen.¹ Wenngleich hier nicht Raum für eine eingehende Auseinandersetzung ist, sollen doch wenigstens die hauptsächlichen Einwände, die gegen diese Rechtsprechung vorgebracht werden, kurz angesprochen werden.

In erster Linie wendet sich die Kritik gegen die Qualifizierung der clause pénale als ein ausschließlich schadensrechtliches Institut. Zur Begründung wird vorgetragen, daß ein solches monofunktionales Verständnis der clause pénale bereits gegen den ausdrücklichen Wortlaut der Art. 1226 und 1229 C.c.b. verstoße, in denen der Gesetzgeber sowohl den Sanktions- als auch den Kompensationscharakter der clause pénale gleichermaßen rechtlich verbindlich anerkannt habe.² In der Tat ist es paradox, wenn der Kassationshof seine Auffassung an einer Stelle sogar ausdrück-

1) Vgl. dazu die beiden grundlegenden Urteilsanalysen und Stellungnahmen von MOREAU-MARGREVE in Rev.Crit. de Jur. Belge 1972, S. 459 - 504, und 1973, S. 307 - 314.

2) Vgl. MOREAU-MARGREVE, a.a.O., 1972, S. 462 - 474 und 479 - 499 sowie a.a.O., 1973, S. 309 mit zahlreichen weiteren Argumenten.

lich mit Art. 1226 C.c. begründet.¹ In dieser Bestimmung heißt es wörtlich: "La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution". In dieser Sicherungsfunktion der clause pénale zeigt sich gerade auch ihr Zwangscharakter, wie er im übrigen bereits in der Bezeichnung als clause pénale zum Ausdruck kommt.

Da aber kaum davon ausgegangen werden kann, der Kassationshof habe diesen offensichtlichen Widerspruch in seiner Entscheidung nicht erkannt, muß angenommen werden, er habe ihn billigend in Kauf genommen, um mit dem von ihm gewählten Interpretationstrick den Art. 1152 C.c.b. in eklatanten Mißbrauchsfällen auszuschalten. Nur so ist es auch zu verstehen, daß die Cour de Cassation die rechtliche Behandlung einer Vereinbarung mit Sanktionscharakter, abgesehen von der Nichtanwendung des Art. 1152 C.c.b., offengelassen hat: Daraus geht deutlich hervor, daß es dem Kassationshof nicht darauf ankam, die clause pénale generell als Druckmittel zu verbieten, als vielmehr das starre Prinzip des Art. 1152 C.c.b. zugunsten einer begrenzten Billigkeitskontrolle zu durchbrechen.²

Ferner wird vor allem der durch diese Rechtsprechung verursachte praktische Verlust der clause pénale als vertrag-

1) Vgl. Cour de Cass., Rev.Crit. de Jur. Belge 1973, S. 302, 304.

2) Vgl. MOREAU-MARGREVE, a.a.O., 1972, S. 499, die im übrigen der Ansicht ist, daß es in den von der Cour de Cassation entschiedenen Fällen unter Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben und des Verbots der Sittenwidrigkeit gleichfalls möglich gewesen wäre, zu einem tragbaren Ergebnis zu gelangen, ohne das traditionelle, gesetzlich verankerte System der clause pénale zu erschüttern.

liches Sicherungs- und Zwangsmittel beklagt.¹ Ob diese Kritik in vollem Umfang gerechtfertigt ist, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, da in den bislang von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen der Rechtsmißbrauch so offensichtlich war, daß diesen Entscheidungen allenfalls in ihrer Begründung, nicht aber in ihrem Ergebnis Kritik entgegengebracht werden kann. Auch hat sich die Rechtsprechung bisher, abgesehen von Art. 1152 C.c.b., stets über die Wirksamkeit einer clause pénale mit eindeutigem Zwangsmittelcharakter ausgesprochen. Es kann allerdings ohne Übertreibung behauptet werden, daß der praktische Wert der clause pénale durch diese neue Rechtsprechung angesichts der vielen noch ungeklärten Fragen und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit derzeit erheblich beeinträchtigt ist. Eine Klärung dieser Fragen erscheint in dieser Situation als ein ebenso dringliches wie praktisches Gebot, wobei eine gesetzgeberische Lösung der Mißbrauchskontrolle der clause pénale als der geeignetste Weg aus dieser insofern sicherlich zu Recht als "crise" der clause pénale² bezeichneten Lage erscheint.

(4) Schlußfolgerungen

Unter Beachtung dieser neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung lassen sich für den praktischen Gebrauch der clause pénale folgende Schlüsse ziehen:

(a) Grundsätzlich ist eine clause pénale zum Zwecke der antizipierten Schadensschätzung frei vereinbar.

Ob eine clause pénale allein zum Zwecke der Erfüllungs-

1) Vgl. MOREAU-MARGREVE, a.a.O., 1972, S. 503, 504, wo von einem "appauvrissement des mécanismes contractuels" die Rede ist.

2) Vgl. MOREAU-MARGREVE, a.a.O., 1972, S. 459.

sicherung vereinbart werden kann, ist indessen ungeklärt. Es empfiehlt sich daher, bei der Vertragsgestaltung den mit der getroffenen Strafvereinbarung verfolgten Zweck eindeutig zu bestimmen, wobei die Parteien insbesondere durch einen ausdrücklichen Hinweis, daß die Strafe ausschließlich für den Ausgleich der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit entstehenden Nachteile bestimmt sei, mögliche Zweifel bei der Auslegung des Strafversprechens ausräumen können.

Zur Frage, ob eine clause pénale auch mit dem Ziel, die Haftung des Vertragsschuldners betragsmäßig zu beschränken, zulässig ist, wurde in den hier besprochenen Urteilen nicht Stellung genommen. Es ist daher in Belgien ebenso wie in Frankreich davon auszugehen, daß auf Grund der Art. 1228 und 1229 C.c.b. und dem darin verankerten Pauschalierungsgrundsatz eine clause pénale mit haftungsbeschränkender Wirkung vereinbart werden kann.¹ Im Gegensatz zur Rechtslage in Frankreich gilt in einem solchen Fall Art. 1152 C.c.b. aber unbeschränkt: es besteht keine richterliche Befugnis, eine geringfügige Strafe nachträglich einseitig zu erhöhen. Allerdings gilt auch in Belgien der Grundsatz, daß die Vereinbarung einer clause pénale nicht zu einer Umgehung der allgemeinen rechtlichen Schranken für eine vertragliche Haftungsbeschränkung führen darf.² Liegt ein solcher Umgehungstatbestand vor, ist die clause pénale nichtig.

(b) Der Grundsatz der Unabänderbarkeit einer clause pénale, Art. 1152 C.c.b., gilt nur noch für solche Vereinbarungen,

1) Vgl. oben, S. 165 und 168 ff.

2) Da die belgische Rechtslage auch in diesem Punkte mit der französischen übereinstimmt, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Vgl. auch de PAGE, op. cit., Nr. 125 m.w.N.

die eine clause pénale im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind. Es muß sich also um eine reine schadensersatzrechtliche Vereinbarung handeln, d.h., die vereinbarte Strafe muß dazu bestimmt und auch geeignet sein, den Schaden, den der Gläubiger durch die Nichterfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit erleidet, auszugleichen.¹ Demgegenüber liegt nach Auffassung dieser Rechtsprechung in folgenden beiden Fällen keine clause pénale vor, mit der Folge, daß Art. 1152 C.c.b. einer möglichen Aberkennung des verwirkten Strafanspruchs durch den Richter nicht entgegensteht:

1. Falls die Parteien mit der Vereinbarung des Strafversprechens eine echte Sanktion gewollt haben. Ob eine solche Absicht vorlag, läßt sich nur schwer ermitteln. Als Hinweis können jedoch der Wortlaut der Vereinbarung oder ihr Inhalt, namentlich wenn die Strafe unverhältnismäßig hoch ist, von Bedeutung sein.
2. Falls die vereinbarte Strafe ihrer Art und Höhe nach nicht als Schadensersatz angesehen werden kann. Nach Ansicht der Rechtsprechung trifft das dann zu, wenn die Strafhöhe das Erfüllungsinteresse des Gläubigers am Vertrag übersteigt oder durch die Nichterfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit dem Gläubiger kein tatsächlicher Schaden entstanden ist.²

(c) Erweist sich eine Strafe als unverhältnismäßig hoch, was nach Ansicht der Rechtsprechung dann der Fall ist, wenn sie dem Gläubiger einen unverhältnismäßigen Vorteil verschafft, so kann das Gericht die Strafvereinbarung für nichtig erklären.³

1) Vgl. oben, S. 187 f.

2) Vgl. oben, S. 188 ff.

3) Vgl. oben, S. 189 f.

(d) Die Beweislast sowohl für die Nichtanwendung des Art. 1152 C.c.b. als auch für die Nichtigerklärung einer clause pénale liegt beim Schuldner der clause pénale. Diese Beweislastverteilung rechtfertigt sich durch den Umstand, daß es sich in beiden Fällen um Ausnahmetatbestände im Interesse des Schuldnerschutzes handelt.

(e) Grundsätzlich steht es den Vertragsparteien frei, die Entscheidung über die Angemessenheit der clause pénale auf ein Schiedsgericht zu übertragen. Im Gegensatz zu der Rechtslage in Frankreich kann in Belgien gem. Art. 1676 des Code judiciaire i.d.F. vom 4.7.1972 eine Schiedsvereinbarung - auch über künftige Rechtsstreitigkeiten - grundsätzlich frei vereinbart werden.¹

1) Vgl. SCHLOSSER, op.cit., Bd. 1, Rdnr. 113 und 260.

2. Rechtsvergleich¹ zwischen den Ländern Deutschland, Frankreich und Belgien

a) Gemeinsamkeiten

Das Institut des unselbständigen, akzessorischen Strafversprechens ist im deutschen, französischen und belgischen Zivilrecht gleichermaßen bekannt. Es hat im BGB wie im Code civil in einer gesetzlichen Regelung seinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden. Auch stellt sich im Verhältnis dieser Rechtsordnungen die Frage einer Definition des Strafversprechens nicht; denn übereinstimmend wird unter einer Vertragsstrafe und einer clause pénale das Versprechen einer in der Regel aus einer bestimmten Geldsumme bestehenden Leistung verstanden, das der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung einer näher bezeichneten Rechtspflicht abgibt.² Für einen Rechtsvergleich zwischen den Ländern Deutschland, Frankreich und Belgien kann also von einem einheitlichen Begriff der Vertragsstrafe ausgegangen werden.

Weiterhin ist festzustellen, daß die Vertragsstrafe in allen drei hier interessierenden Ländern übereinstimmend als Ausfluß der Privatautonomie verstanden wird.³ Daraus lassen sich sowohl die ausschließlich privatrechtliche Natur der Strafe als auch ihre freie Vereinbarkeit ableiten. Ferner läßt sich damit auch der dispositive Charakter weiter Teile des kodifizierten Rechts der Vertragsstrafe erklären.

1) Die einzige einschlägige rechtsvergleichende Untersuchung der Vertragsstrafe von SEGRE in Rev.int.dr.comp. 1970, S. 299-311, ist durch die jüngste Rechtsentwicklung in Frankreich und Belgien inzwischen überholt.

2) Vgl. oben, S. 132; 163; 183.

3) Vgl. oben, S. 132; 168; 183.

In einigen wesentlichen Punkten kann somit bereits eine Übereinstimmung festgestellt werden. Vertragsstrafe und clause pénale sind allerdings nicht in allen Beziehungen gleich ausgestaltet. Es kommt im folgenden daher darauf an, vor allem die bestehenden Unterschiede herauszuarbeiten und dabei insbesondere auch auf die praktischen Auswirkungen dieser Unterschiede hinzuweisen.

b) Unterschiede

Die Unterschiede zwischen der Vertragsstrafe des BGB und der clause pénale des französischen und belgischen Code civil äußern sich hauptsächlich in folgenden vier Merkmalen:

(1) Die Funktionen der Vertragsstrafe

In allen hier untersuchten Rechtsordnungen konnte eine mehrfache Funktion der Vertragsstrafe festgestellt werden. Dabei stellte sich heraus, daß sich mit einer Vertragsstrafe im wesentlichen folgende drei Ziele verfolgen lassen: Die Sicherung einer Hauptverbindlichkeit, die Erleichterung der Schadensermittlung und die betragsmäßige Haftungsbeschränkung.¹

Diese drei Funktionen sind am reinsten in der clause pénale französischer Ausprägung versammelt.² Demgegenüber gelten im deutschen wie im belgischen Recht insoweit einige Besonderheiten:

In Deutschland hat die Vertragsstrafe im Gegensatz zu dem in Frankreich und auch in Belgien geltenden Recht grund-

1) Vgl. oben, S. 133 ff.; 164 f.

2) Vgl. oben, S. 164 f.

sätzlich nur eine beschränkte Pauschalierungswirkung: Während nämlich der Gläubiger einer clause pénale gem. Art. 1229 C.c. im Falle der Verwirkung allein die vereinbarte Strafe verlangen kann, bleibt in Deutschland dem Gläubiger einer Vertragsstrafe gem. § 340 Abs. 2 Satz 2 BGB die Geltendmachung eines den Betrag der Strafe übersteigenden, weiteren Schadens grundsätzlich unbenommen.¹ Dieser Umstand verbietet es daher, in Deutschland allgemein von einer haftungsbeschränkenden Funktion der Vertragsstrafe zu sprechen. Allerdings ist § 340 Abs. 2 Satz 2 BGB dispositiv und kann von den Parteien einer Strafvereinbarung abbedungen werden.² Einigen sich daher die Parteien darauf, daß dem Gläubiger neben der vereinbarten Strafe kein weitergehender Sekundäranspruch wegen der Verletzung der gesicherten Hauptverbindlichkeit zustehen soll, so besitzt die Vertragsstrafe auch unter der Herrschaft des deutschen Rechts eine betragsmäßig haftungsbeschränkende Wirkung. Umgekehrt ist auch Art. 1229 C.c. in Frankreich und Belgien dispositiver Natur, so daß sich der Gläubiger einer clause pénale in einer besonderen Vereinbarung stets auch die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens vorbehalten kann.

In Belgien ist die Funktion der clause pénale als Sicherungsmittel mit Sanktionscharakter in Frage gestellt, seit die Cour de Cassation einer Strafvereinbarung mit Zwangsmittelwirkung den Charakter einer clause pénale abgesprochen hat: Denn nach Auffassung dieser Rechtsprechung besitzt die clause pénale eine ausschließlich kompensatorische Funktion.³ Es muß indessen berücksichtigt werden, daß auch eine rein auf den Schadensausgleich aus-

1) Vgl. oben, S. 152.

2) Vgl. oben, S. 134 f.; 153.

3) Vgl. zu dieser Rechtsprechung und ihrer Kritik die obigen Ausführungen, S. 185 ff. und 191 ff.

gerichtete clause pénale auf den Schuldner in bestimmten Fällen gleichwohl einen - wenn auch nur indirekten - Zwang zur Erfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit ausüben kann. Das trifft z.B. dann zu, wenn der Gläubiger nicht in der Lage ist, den ihm durch die Verletzung der Hauptverbindlichkeit entstandenen Schaden in vollem Umfang nachzuweisen und daher auf einen Ausgleich seiner Nachteile durch Vereinbarung einer clause pénale angewiesen ist. In solchen Fällen stellt der Umstand, daß sich der Schuldner der Hauptverbindlichkeit nicht einfach mit Rücksicht auf die Beweisnot des Gläubigers über seine Vertragspflichten hinwegsetzen kann, nach wie vor ein gewisses Druckmittel dar, so daß auch unter Zugrundelegung der gegenwärtigen belgischen Rechtsprechung der clause pénale durchaus noch eine legitime Sanktionsfunktion zukommt.

(2) Die Verwirkungsvoraussetzungen

Gemeinsame Voraussetzung für die Verwirkung einer Vertragsstrafe ist im BGB ebenso wie im Code civil, daß die gesicherte Hauptverbindlichkeit nicht vereinbarungsgemäß erfüllt wird: Die Verwirkung steht unter einer aufschiebenden Bedingung.

Der Inhalt dieser Bedingung kann von den Parteien der Vertragsstrafe grundsätzlich frei vereinbart werden. Mangels einer besonderen Vereinbarung gelten folgende sich teils aus gesetztem teils aus ungeschriebenem Recht ergebenden Grundsätze:

Übereinstimmend setzt die Verwirkung einer Vertragsstrafe sowohl im deutschen als auch im französischen und belgischen Recht das Bestehen einer gültigen Hauptverbindlichkeit voraus. Dieser sog. Akzessorietätsgrundsatz, der

sich in Deutschland aus § 344 BGB ergibt, ist im Code civil in Art. 1227 deutlich zum Ausdruck gebracht.

Hinsichtlich der Verwirkung der Vertragsstrafe differenziert das BGB in § 339 zwei Fallgruppen: Die Nichterfüllung und die nicht gehörige Erfüllung der Hauptverbindlichkeit.¹ Demgegenüber geht der Code civil in den Art. 1226 und 1229 von einem einzigen einheitlichen Begriff der "inexécution" aus. Dieser Unterschied ist allerdings keine Besonderheit der Vertragsstrafe, sondern lediglich Ausdruck des im deutschen und romanischen Recht verschiedenen Leistungsstörungsbegriffs,² der sich wegen der Akzessorietät der Vertragsstrafe auch auf die Modalitäten ihrer Verwirkung auswirkt. In diesem Zusammenhang gilt im übrigen die allgemeine Feststellung, daß sich sämtliche Verwirkungsvoraussetzungen, welche die Erfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit betreffen, wie z.B. das Verschuldenserfordernis, nach dem jeweiligen maßgeblichen Schuldrecht richten. Die in § 339 BGB getroffene Unterscheidung, ob die Hauptverbindlichkeit in einem Tun oder Unterlassen besteht, während im Code civil in den Art. 1226 ff. allgemein nur von "obligation principale" die Rede ist, bedeutet keinen spezifischen Unterschied, da der Inhalt der Hauptverbindlichkeit grundsätzlich frei vereinbart werden kann.

Keine Voraussetzung für die Verwirkung der Strafe ist, daß der Gläubiger das Bestehen eines bestimmten Schadens nachweist. Dieser Grundsatz ist allerdings in Belgien durch die jüngste Rechtsprechung dadurch eingeschränkt worden, daß der Begriff der clause pénale an die Existenz eines konkreten Schadens anknüpft.³ Der Beweis für

1) Vgl. auch §§ 340, 341 BGB.

2) Vgl. oben, S. 122.

3) Vgl. oben, S. 190 f.

den fehlenden Schaden obliegt allerdings dem Schuldner, so daß auch in Belgien für den Gläubiger einer clause pénale nach wie vor keine echte Schadensnachweispflicht besteht.

(3) Das Verhältnis zwischen Strafe und sonstigen vertraglichen Ansprüchen

In Frankreich und Belgien besteht eine echte Alternativität zwischen der clause pénale und der Hauptverbindlichkeit, Art. 1229 C.c. Auch in Deutschland kann der Gläubiger einer Vertragsstrafe neben dem Strafanspruch grundsätzlich nicht Erfüllung verlangen, § 340 Abs. 1 Satz 2 BGB. Durch diese Alternativität von Straf- und Erfüllungsanspruch soll verhindert werden, daß der Gläubiger einer Vertragsstrafe doppelte Befriedigung verlangen kann.

Eine Ausnahme von diesem Kumulationsverbot besteht gemäß § 341 Abs. 1 BGB und Art. 1229 Abs. 2 C.c. allerdings in den Fällen, in denen die Vertragsstrafe für den bloßen Leistungsverzug versprochen worden ist; in diesen Fällen bleibt der Erfüllungsanspruch des Gläubigers durch die Geltendmachung der Vertragsstrafe unberührt. Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß es sich gar nicht um eine echte Ausnahme des Kumulationsverbots zwischen Straf- und Erfüllungsanspruch handelt: Denn in einem solchen Fall ist die Erfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit noch möglich, zum anderen stellt die Vertragsstrafe, die nach dem Willen der Parteien allein die gehörige, insbesondere die pünktliche Erfüllung sichern soll, keinen Ausgleich für die Nichterfüllung, sondern nur für die nicht gehörige Erfüllung der Hauptverbindlichkeit dar.

Ein Unterschied zwischen der deutschen Vertragsstrafe und der clause pénale besteht allerdings insofern, als das Kumulationsverbot zwischen Straf- und Erfüllungsanspruch im Code civil nicht nur für den Primär- sondern auch für einen möglichen Sekundäranspruch gilt, während im BGB der Gläubiger einer Vertragsstrafe grundsätzlich neben dem Strafanspruch auch den die Strafe übersteigenden Schaden geltend machen kann, §§ 340 Abs. 2 Satz 2, 341 Abs. 2 BGB. Die clause pénale deckt also den gesamten Schadensersatzanspruch des Gläubigers wegen der Nichterfüllung pauschal ab, Art. 1229 Abs. 1 C.c., wohingegen die Vertragsstrafe des BGB grundsätzlich nur Ersatz für einen bestimmten Mindestschaden gewährt.¹

Allerdings sind sowohl § 340 Abs. 2 Satz 2 BGB als auch Art. 1229 des Code civil abdingbar. Die Parteien einer Vertragsstrafe können sich daher im Einzelfall stets für eine für sie interessengerechte Lösung entscheiden. Was interessengerecht ist, kann nicht generell gesagt werden.

Bei einer Vertragsgestaltung sollten aber folgende Überlegungen berücksichtigt werden: Stellt die Vertragsstrafe in erster Linie eine Sanktion für die Nichterfüllung der Hauptleistung dar, so wird sich der Gläubiger regelmäßig die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens vorbehalten: dabei steht es den Parteien frei, die Anrechnung der Strafe auf einen möglichen Schadensersatzanspruch völlig auszuschließen.² Besteht der vorrangige Zweck

1) Vgl. oben, S. 152, 154; 172; 194.

2) Von der Möglichkeit, die Anrechnung der Strafe auf einen eventuellen Schadensersatzanspruch ganz auszuschließen wird in der Praxis außer in den Fällen des Leistungsverzugs nur selten Gebrauch gemacht. In Belgien ist mit Rücksicht auf die dortige Rechtsprechung überdies die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung zweifelhaft, vgl. oben, S. 187.

einer Strafvereinbarung dagegen in der Abgeltung des durch die Verletzung der Hauptverbindlichkeit drohenden Schadens, dürfte es häufig im wohlverstandenen Interesse beider Parteien, insbesondere des Schuldners liegen, mit der Strafe jeglichen Schaden des Gläubigers pauschal abzugelten. Das gilt erst recht, wenn mit der Vertragsstrafe die Haftung des Schuldners betragsmäßig begrenzt werden soll.

(4) Die richterliche Kontrollmöglichkeit der verwirkten Strafhöhe

Es ist ein im deutschen, französischen und belgischen Privatrecht gleichermaßen gültiger Rechtsgrundsatz, daß ein Richter einen Vertrag zwar auf seine Rechtmäßigkeit, aber nicht auf seine Zweckmäßigkeit hin überprüfen kann. Ein Richter ist daher mit Rücksicht auf das im Vertragsrecht geltende Prinzip der Privatautonomie grundsätzlich nicht befugt, einen Vertrag auf seinen Inhalt hin zu überprüfen, es sei denn, dieser verstößt gegen zwingendes Recht. Insbesondere besitzt ein Richter nicht die Befugnis, einen Vertrag auf seinen allgemeinen Gerechtigkeitsgehalt hin zu überprüfen.¹ Es ist daher nur folgerichtig und Ausdruck dieses allgemeinen Grundsatzes, wenn die Höhe einer Vertragsstrafe einer richterlichen Kontrolle grundsätzlich entzogen ist. In Frankreich und Belgien ist dieser Grundsatz speziell für die clause pénale in Art. 1152 Abs. 1 respektive Art. 1152 des Code civil ausdrücklich festgehalten.

Allerdings gibt es - abgesehen von einigen Sondergeset-

1) Vgl. zur Problematik des Widerstreits von Privatautonomie und sog. "Vertragsgerechtigkeit" als Ordnungsprinzipien des Vertragsrechts die Ausführungen bei ZWIGERT/KÖTZ, op.cit., Bd. II, S. 7 - 10.

zen¹ - zur Vermeidung einer mißbräuchlichen Ausnutzung der Privatautonomie, insbesondere zu Lasten wirtschaftlich unerfahrenerer und schwächerer Kreise, verschiedene Ausnahmetatbestände, in denen der Richter zur Ausübung einer begrenzten Billigkeitskontrolle der verwirkten Strafhöhe ermächtigt wird. Die gesetzliche Grundlage für die Ausübung einer derartigen allgemeinen Kontrolle findet sich in Deutschland in § 343 BGB, in Frankreich in Art. 1152 Abs. 2 C.c. In Belgien gibt es keine vergleichbare allgemeine gesetzliche Ermächtigung; dafür sind hier von der Rechtsprechung selbständig einige Grundsätze entwickelt worden, um in besonderen Fällen Rechtsmißbräuchen zu begegnen.

In Deutschland ist in § 343 BGB ein richterliches Ermäßigungsrecht für unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafen vorgesehen. Gemäß § 348 HGB gilt diese Kontrollbefugnis allerdings nicht im Handelsverkehr, d.h. in den Fällen, in denen der Versprechende Kaufmann ist.² Da eine Know-how-Vergabe regelmäßig zwischen Kaufleuten stattfindet, besteht in Deutschland speziell auf diesem Sektor im Ergebnis daher keine richterliche Billigkeitskontrolle hinsichtlich der Strafhöhe. Gemäß § 348 HGB besteht der Vorrang der Parteiautonomie uneingeschränkt, so daß allein die allgemeinen Schranken des zwingenden Rechts, insbesondere das Sittengesetz, zu berücksichtigen sind.³ In Frankreich und Belgien gibt es keine vergleichbare Privilegierung des Handelsverkehrs.

Die Grenzen für die Zulässigkeit einer Vertragsstrafe mit haftungsbeschränkender Wirkung ergeben sich im deutschen

1) Vgl. oben, S. 185.

2) Vgl. oben, S. 159 ff.

3) Vgl. dazu, insbesondere zu § 138 BGB, oben, S. 162.

Recht aus § 276 Abs. 2 BGB: Ein Haftungsausschluß für Vorsatz kann danach grundsätzlich nicht im voraus vereinbart werden. Die Beweislast für die haftungsbeschränkende Wirkung der Vertragsstrafe und die Vorsätzlichkeit der Vertragsverletzung liegt beim Gläubiger.

In Frankreich ist die Möglichkeit einer richterlichen Billigkeitskontrolle durch Art. 1152 Abs. 2 C.c. eröffnet, und zwar nicht nur für den Fall, daß die Strafe offensichtlich überhöht ist - ähnlich wie in § 343 BGB -, sondern auch für den Fall, daß die Strafe offensichtlich zu gering ist. Es handelt sich um eine reine Mißbrauchskontrolle, die den Richter zu einer Anpassung der für unverhältnismäßig erachteten Strafe ermächtigt; einer konkreten Schadensberechnung bedarf es nicht.¹

Die in Belgien kraft Richterrechts entwickelte Möglichkeit der Überprüfung einer clause pénale soll gleichfalls eine mißbräuchliche Verwendung von Strafvereinbarungen verhindern. Sie betrifft aber lediglich die Vereinbarung von überhöhten Strafen und führt im Gegensatz zu der in § 343 BGB und Art. 1152 Abs. 2 des französischen Code civil vorgesehenen Lösung nicht zu einer Anpassung, sondern zur Nichtigerklärung der überhöhten Strafe durch das Gericht.² Dieses Ergebnis folgt unmittelbar aus Art. 6 C.c., den der belgische Kassationshof zur Begründung seiner Auffassung heranzieht.³

Im Falle einer haftungsbeschränkenden Wirkung einer Strafvereinbarung gilt in Belgien nach wie vor gem. Art. 1152 C.c.b. der Grundsatz der Unabänderbarkeit der clause pé-

1) Vgl. oben, S. 181, insbesondere auch zu der von der Rechtsprechung bislang noch unerörterten Frage des Anpassungsmaßstabes.

2) Vgl. oben, S. 188 f.

3) Vgl. oben, S. 189.

nale. Die allgemeinen Grenzen für die Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen bleiben davon freilich, ebenso wie in Frankreich, unberührt.¹

Die Möglichkeit, eine clause pénale gem. Art. 1231 C.c. im Fall einer Teilleistung herabzusetzen, stellt weder in Frankreich noch in Belgien einen Fall der Billigkeitskontrolle dar. Art. 1231 C.c. ermächtigt den Richter nämlich nicht, die Höhe der Strafe als solche zu überprüfen; vielmehr handelt es sich um eine besondere Art der ergänzenden Vertragsauslegung.²

c) Zusammenfassung

Trotz gewisser Unterschiede, insbesondere im Bereich der richterlichen Billigkeitskontrolle der vereinbarten Strafhöhe, kann im Ergebnis in Deutschland, Frankreich und Belgien in grundsätzlichen Fragen eine weitgehende Übereinstimmung in der rechtlichen Behandlung der Vertragsstrafe festgestellt werden. In einigen Punkten, in denen zwischen BGB und Code civile eine unterschiedliche gesetzliche Regelung der Vertragsstrafe besteht, wie z.B. in der Frage des Verhältnisses zwischen Straf- und Hauptanspruch,³ stehen diese Bestimmungen in aller Regel zur freien Disposition. Falls im konkreten Einzelfall ein Bedürfnis für eine einheitliche Regelung der Materie besteht, wie z.B. beim Abschluß eines internationalen Know-how-Vertrages, kann diese Übereinstimmung durch die Wahl eines einheitlichen Schuldstatus erzielt werden.⁴ Sogar in der Fra-

1) Vgl. oben, S. 194.

2) Vgl. oben, S. 175; 185.

3) Vgl. oben, S. 202 ff.

4) Vgl. dazu, daß Probleme des Internationalen Privatrechts im Rahmen dieser Arbeit ausgespart bleiben, oben, S. 9, Fußn. 2.

ge der richterlichen Überprüfungsmöglichkeit der Vertragsstrafe kann, ungeachtet der erheblichen Unterschiede in der Ausgestaltung der Kontrollbefugnisse als gemeinsamer Zweck das Bestreben festgestellt werden, Rechtsmißbräuche zu verhindern.

Dieses Ergebnis darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß insbesondere in Belgien durch die neue Rechtsprechung zur clause pénale eine Reihe offener Fragen zu einer anhaltenden Rechtsunsicherheit geführt haben. Auch in Frankreich bedürfen seit der jüngsten Reform der richterlichen Kontrolle der clause pénale noch verschiedene Auslegungsfragen, insbesondere zu Art. 1152 Abs. 2 C.c., einer verbindlichen höchstrichterlichen Interpretation.¹

1) Vgl. oben, S. 179.

II. Ergebnis

Bereits eingangs dieses Kapitels wurde darauf hingewiesen, daß die Vertragsstrafe in der Praxis der Know-how-Vergabe bislang keine nennenswerte Rolle gespielt hat¹: Denn weder in den zahlreichen veröffentlichten Vertragsmustern, noch in den vielen Verträgen, in die der Verfasser Einblick nehmen konnte, stand - von wenigen Ausnahmen abgesehen - die Vereinbarung von Vertragsstrafen oder clauses pénales im Vordergrund der Vertragsgestaltung.

In einem Know-how-Vertrag, der sich sowohl auf der Geber- als auch auf der Nehmerseite aus einer Vielzahl einzelner Vertragspflichten zusammensetzt², kann theoretisch jede einzelne dieser Vertragspflichten zum Gegenstand einer Vertragsstrafe gemacht werden. Dies ist praktisch allerdings kaum durchführbar und auch nicht sinnvoll. Angesichts der im Zusammenhang mit einigen typischen Know-how-Vertragspflichten bestehenden Haftungsprobleme³ kann die Vereinbarung einer Vertragsstrafe aber vielfach interessengerecht sein.

Im folgenden sollen die verschiedenen Möglichkeiten für eine praktische Verwendung der Vertragsstrafe im Rahmen eines Know-how-Vertrages erörtert werden.

1) Vgl. oben, S. 130.

2) Vgl. oben, S. 96 ff., wo der wesentliche Inhalt der vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien einer Know-how-Vergabe dargestellt wurde.

3) Vgl. oben, S. 117 ff.

1. Die Vertragsstrafe als Mittel zur Erfüllungssicherung

a) Das Bedürfnis zusätzlicher Erfüllungssicherung

Die Durchsetzbarkeit einiger typischer Know-how-Vertragspflichten ist - wie bereits ausgeführt wurde¹ - mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden, die eine zusätzliche Erfüllungssicherung erforderlich machen. Hierbei handelt es sich in erster Linie um die Pflichten zur Mitteilung und Geheimhaltung des Know-how sowie der Einhaltung der vertraglichen Nutzungsbeschränkungen.

b) Die Erfüllungssicherung

Im Gegensatz zur zwangsweisen Durchsetzung im Vollstreckungsverfahren wird durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe bereits vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an auf den Schuldner der zu sichernden Hauptverbindlichkeit ein zusätzlicher Erfüllungszwang ausgeübt; denn die Verwirkung der Vertragsstrafe steht von Anfang an unter der aufschiebenden Bedingung der Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit.

Den Parteien einer Strafvereinbarung steht es grundsätzlich frei, die Höhe der Strafe selbst zu bestimmen und damit die Strafandrohung den individuellen Bedürfnissen des Einzelfalles selbst anzupassen.

Die Verwirkung einer Vertragsstrafe bedarf nicht der Inanspruchnahme staatlicher Vollstreckungsgewalt. Als Druckmittel zur Sicherung eines Know-how-Vertrages bringt die

1) Vgl. oben, S. 118 ff.

Vereinbarung einer Vertragsstrafe daher auch insoweit einen Vorteil gegenüber den Maßnahmen der öffentlichen Zwangsvollstreckung.¹

(1) Der Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Vertragsstrafe zum ausschließlichen Zweck der Erfüllungssicherung unterliegt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht einigen Beschränkungen.

(a) Gewisse rechtliche Beschränkungen für die Vertragsstrafe als privatrechtliches Sicherungsmittel ergeben sich in Belgien. Dort wird der clause pénale auf Grund der jüngsten belgischen höchstrichterlichen Rechtsprechung im Gegensatz zu der Rechtslage in Deutschland und Frankreich jeglicher Strafcharakter abgesprochen.² Zwar besteht - wie bereits deutlich gemacht wurde - auch im belgischen Zivilrecht in einem bestimmten Umfang noch die Möglichkeit, durch die Vereinbarung einer clause pénale auf den Schuldner einer Hauptverbindlichkeit Druck auszuüben; aber es muß doch jeder Eindruck einer Sanktion vermieden werden.³

(b) Die tatsächlichen Grenzen für die Vertragsstrafe als Mittel zur Erfüllungssicherung ergeben sich aus der Akzessorietät des Strafversprechens und der damit verbundenen Abhängigkeit des Strafversprechens vom Inhalt der zugrundeliegenden Hauptverbindlichkeit.

-
- 1) Von der Verwirkung der Strafe zu unterscheiden ist die zwangsweise Durchsetzung des Strafanspruchs. Da dieser regelmäßig auf die Zahlung eines Geldbetrages gerichtet ist, ist seine Vollstreckung im allgemeinen aber unproblematisch.
 - 2) Vgl. zur Rechtsprechung der Cour de Cassation oben, S. 185 ff.
 - 3) Vgl. oben, S. 200.

Als Hauptanwendungsbereich kommen daher in erster Linie solche Ansprüche in Betracht, bei denen die Strafverwirkung auf die künftige Erfüllungshaltung des Schuldners einen effektiven Einfluß auszuüben vermag. Das trifft vornehmlich für die Sicherung der pünktlichen Erfüllung von Handlungspflichten, wie zum Beispiel der Mitteilung des Know-how, und die Einhaltung dauernder Unterlassungspflichten, wie zum Beispiel die Beschränkung der Know-how-Verwendung, zu.

Droht dagegen durch eine einmalige Vertragsverletzung bereits die völlige Unmöglichkeit der Hauptverbindlichkeit, wie zum Beispiel im Falle des Verstoßes gegen das Verbot, das Know-how an einen bestimmten Konkurrenten mitzuteilen, so kommt der Strafe zwar auch dann noch eine wesentliche Abschreckungsfunktion zu; aber gleichzeitig steht bei der Sicherung solcher Ansprüche durch eine Strafvereinbarung die Kompensation der durch die Vertragsverletzung drohenden Vermögensnachteile mit im Vordergrund.

(2) Der Inhalt der Vereinbarung

Die Erfüllungssicherung wird dadurch erreicht, daß sich der Gläubiger vom Schuldner der zu sichernden Hauptverbindlichkeit für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit die Bezahlung eines bestimmten Geldbetrages versprechen läßt. Die Verwirkung der Strafe stellt dann ein Ubel dar, das, sofern es richtig bemessen ist, geeignet ist, auf den Schuldner des Strafversprechens einen zusätzlichen, wenn auch nur indirekten Erfüllungszwang auszuüben.

Anknüpfend an die eingehende Darstellung der Vertragsstrafe und der clause pénale in den vorangegangenen Ab-

schnitten soll in dem vorliegenden Zusammenhang der Inhalt einer Strafvereinbarung speziell bei der Sicherung einiger typischer Know-how-Vertragspflichten behandelt werden.

(a) Die Verwirkungsvoraussetzungen

Die Verwirkung eines Strafversprechens steht generell unter der aufschiebenden Bedingung der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung der gesicherten Hauptverbindlichkeit.

Mangels besonderer Parteivereinbarung richten sich die Verwirkungsvoraussetzungen nach den Regeln des auf die Hauptverbindlichkeit anwendbaren Leistungsstörungsrechts. Wegen der atypischen Rechtsnatur des Know-how-Vertrages und der Schwierigkeit, die im Einzelfall anwendbare Vorschrift des dispositiven Schuldrechts zu bestimmen, empfiehlt es sich jedoch, von der bestehenden vertraglichen Gestaltungsfreiheit Gebrauch zu machen und die Verwirkungsvoraussetzungen der Vertragsstrafe individuell festzulegen.

Eine vollständige Regelung der Verwirkungsvoraussetzungen bedarf einer exakten Bestimmung der zu sichernden Hauptverbindlichkeit sowie des objektiven und subjektiven Verwirkungstatbestandes; in einigen Fällen kann auch eine besondere Beweislastregelung angebracht sein.

(aa) Die Bestimmung der zu sichernden Hauptverbindlichkeit

Durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird regelmäßig ein einzelner Anspruch gesichert. Es können aber durch eine einzige Vertragsstrafe auch mehrere Ansprüche zugleich

gesichert werden; auch ist die Anzahl der Strafversprechen generell unbegrenzt.

Mit Rücksicht auf die Klarheit der Vertragsgestaltung muß aber stets genau erkennbar sein, welche Verbindlichkeit zum Gegenstand des konkreten Strafversprechens gemacht wird.

Sollen daher mehrere Ansprüche innerhalb eines einzigen Vertragskomplexes gesichert werden, wofür bei Know-how-Verträgen häufig ein Bedürfnis bestehen kann, so empfiehlt es sich nicht zuletzt auch im Hinblick auf die unterschiedliche Ausgestaltung zahlreicher Know-how-Vertragspflichten, für jede einzelne Verbindlichkeit eine eigene Vereinbarung zu treffen. Auf diese Weise kann auch den tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten des jeweiligen Anspruchs besser Rechnung getragen werden.

Ist der Inhalt des Strafversprechens darauf gerichtet, neben der eigentlichen Hauptverbindlichkeit, wie zum Beispiel dem Verbot, das Know-how über einen bestimmten Umfang hinaus zu benutzen, auch einzelne sachlich zur Hauptverbindlichkeit hinzutretende Nebenpflichten zu sichern, wie zum Beispiel die Einhaltung bestimmter Qualitätsnormen oder die Duldung bestimmter Kontrollmaßnahmen, so muß in der Strafvereinbarung ein entsprechender deutlicher Hinweis enthalten sein.

(bb) Der objektive Verwirkungstatbestand

Zum objektiven Verwirkungstatbestand gehört eine exakte Definition der Verletzungshandlung, bei deren Vorliegen die Strafe verwirkt sein soll.

Im konkreten Einzelfall sind bei der Bestimmung der Ver-

wirkungsvoraussetzungen folgende Punkte besonders zu beachten:

1. Vielfach ist das Interesse eines Gläubigers darauf gerichtet, bereits die bloße Verzögerung der Leistung zu sanktionieren. Das ist zum Beispiel bei der Pflicht zur Mitteilung des Know-how der Fall, trifft aber in gleicher Weise auch auf die Pflicht zu, bestimmte Dokumente zu übergeben, Verbesserungen gegenseitig auszutauschen, Lizenzen an künftigen den Vertragsgegenstand betreffenden Schutzrechten zu erteilen oder bestimmte Handlungen in Bezug auf das Know-how zu dulden oder vorzunehmen.

Hier muß vor allem darauf geachtet werden, daß der Leistungszeitpunkt für die Hauptverbindlichkeit genau bestimmt ist. Grundsätzlich bedarf es nämlich zur Herbeiführung der Verzugsvoraussetzungen einer besonderen Mahnung, einer 'mise en demeure' des Schuldners durch den Gläubiger, § 284 BGB, Art. 1146 C.c., was in dringlichen Fällen zu besonders nachteiligen Verzögerungen führen kann. Eine rechtzeitige vertragliche Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes macht eine solche zusätzliche Mahnung oder Inverzugsetzung entbehrlich, § 284 Abs. 2 BGB, Art. 1146 C.c.¹

2. Häufig reicht eine einmalige Androhung und Verwirkung der Vertragsstrafe nicht aus, um den Schuldner zur Erfüllung der geschuldeten Leistung anzuhalten. Weigert sich zum Beispiel der Know-how-Geber trotz einmaliger Verwirkung der Vertragsstrafe weiterhin, das geschuldete Know-how mitzuteilen, so besteht ein Interesse, die Sanktion noch wirksamer und dauerhafter zu gestalten.

1) Vgl. auch die oben, S. 107, zu der Frage der Regelung des Fälligkeitszeitpunktes angeführten Beispiele.

Durch die Vereinbarung, daß die Verwirkung der Strafe an einen bestimmten Verzögerungszeitraum gebunden ist, innerhalb dessen die Strafe wiederholt verwirkt und zu der bereits verwirkten Strafe hinzugerechnet wird, kann in Fällen beharrlicher Erfüllungsverweigerung auf den Hauptschuldner ein spürbarer Druck ausgeübt werden.

3. Bei der Sicherung sog. dauernder Unterlassungspflichten¹ stellt die einmalige Verwirkung der Strafe in der Regel lediglich eine Sanktion für einen bereits abgeschlossenen Vertragsverstoß dar, der sich in der Zukunft während der gesamten Vertragsdauer aber beliebig wiederholen kann.

So erfaßt zum Beispiel die Vereinbarung einer "einfachen" Vertragsstrafe zur Sicherung einer sachlichen Know-how-Beschränkung grundsätzlich nur einen einmaligen Verstoß gegen dieses Verbot; die Vertragsstrafe wird dagegen bei einer solchen Vereinbarung durch weitere gleichartige Vertragsverstöße nicht stets aufs neue verwirkt. Zu diesem Zweck müßte vereinbart werden, daß die Strafe "in jedem Fall der Zuwiderhandlung" gegen die jeweilige Hauptverbindlichkeit verwirkt wird. Allerdings ist eine Vereinbarung dieses Inhalts häufig zu unbestimmt, wenn sich der Umfang einer Einzelhandlung nicht zweifelsfrei ermitteln läßt.

Verstößt ein Know-how-Geber zum Beispiel gegen das Verbot, mit Dritten über das vertragsgegenständliche Know-how Vertragsverhandlungen zu führen und Verträge abzuschließen, so läßt sich eine Einzelhandlung noch verhältnismäßig einfach bestimmen: Die vertragswidrige

1) Diese unterscheiden sich von sog. einmaligen Unterlassungspflichten dadurch, daß der Gläubiger mit ihnen ein anhaltendes Interesse verfolgt, eine bestimmte Handlung oder einen bestimmten Erfolg, der an sich

Aufnahme von Vertragsverhandlungen und der Abschluß von Know-how-Verträgen über dasselbe Know-how stellen bei natürlicher Betrachtung für jede selbständige Vertragsbeziehung, die der Know-how-Geber anknüpft, eine einzelne Zuwiderhandlung dar.

Schwieriger ist die Bestimmung einer Einzelhandlung bei mehrfachen oder andauernden Vertragsverstößen im gewählten Ausgangsbeispiel. Verstößt ein Know-how-Nehmer zum Beispiel ständig gegen ein bestimmtes Produktionskontingent oder das Verbot, das Know-how außerhalb eines bestimmten Ortes oder zur Fertigung einzelner, näher bezeichneter Produkte zu benutzen, so fehlt es im allgemeinen an geeigneten Kriterien für eine Abgrenzung der einzelnen Verletzungsakte: Denn weder die Überschreitung eines bestimmten Produktionsvolumens, noch die übermäßige Benutzung des Know-how lassen sich ohne weiteres in bestimmte Einzelhandlungen aufteilen. In solchen Fällen ist es deshalb erforderlich, die mehrfache Verwirkung der Strafe von einer rechnerischen Größe abhängig zu machen, die auf die Besonderheiten des konkreten Einzelfalles Rücksicht nimmt. In den hier behandelten Beispielsfällen bieten sich zur Abgrenzung von Einzelhandlungen als rechnerische Einheit eine bestimmte Produktionsgröße oder eine bestimmte Dauer der Vertragsverletzung an, für welche die Verwirkung der Strafe jeweils gelten soll.

4. Handelt es sich bei dem gesicherten Hauptanspruch um einen teilbaren Anspruch, so sollte im Interesse des Gläubigers stets klargestellt werden, daß die nur teilweise Erfüllung der Nichterfüllung gleichgestellt ist und durch eine auch nur teilweise Nichterfüllung stets die ganze Strafe verwirkt wird.

auch mehrfach herbeigeführt werden kann, auf Dauer zu verhindern.

Dieses Ergebnis ergibt sich in den meisten Fällen bereits durch die Auslegung der Strafvereinbarung; in Deutschland wird es zusätzlich durch § 266 BGB gestützt. Mit Rücksicht auf die in Frankreich und Belgien bestehende Sonderbestimmung des Art. 1231 C.c., die häufig Anlaß zu Streitigkeiten über den Umfang der verwirkten Strafe geben kann, aber auch im allgemeinen Interesse an einer klaren Vertragsgestaltung, sollte daher gegebenenfalls eine entsprechende Feststellung in die Strafvereinbarung mit aufgenommen werden.¹

(cc) Die subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen

Naturgemäß liegt es im Interesse des Gläubigers, die Verwirkung des Strafversprechens möglichst unabhängig vom Verschulden des Schuldners der Hauptverbindlichkeit zu vereinbaren. Dazu bedarf es allerdings - mit Ausnahme der von Gesetz wegen besonders geregelten Fälle einer Garantiehaftung - stets einer besonderen Parteiabrede; denn eine Vertragshaftung setzt auf Seiten des Schuldners grundsätzlich ein Vertretenmüssen voraus.²

Vereinbaren die Parteien auf Grund einer besonderen Abrede eine garantieähnliche Haftung des Schuldners, so besteht für diesen umgekehrt die Möglichkeit, seine Haftung durch das Strafversprechen wenigstens betragsmäßig zu beschränken.³

1) Vgl. zur Problematik der lediglich teilweisen Nichterfüllung einer gesicherten Hauptverbindlichkeit, insbesondere im Hinblick auf die Sonderregelung des Art. 1231 C.c., oben, S. 150 und 173 ff.

2) Vgl. oben, S. 123.

3) Vgl. dazu im einzelnen unten, S. 232 ff.

(dd) Die Verteilung der Beweislast

Grundsätzlich trägt der Gläubiger der Vertragsstrafe die Beweislast für den Nachweis der Verwirkungsvoraussetzungen.¹ Für den Nachweis des Verschuldens gelten die allgemeinen Verschuldensvermutungen.

Keinerlei gesetzliche Beweiserleichterung besteht grundsätzlich für den Nachweis der objektiven Vertragsverletzung, der in vollem Umfang vom Gläubiger geführt werden muß. Dies ist für den Gläubiger vor allem dann nachteilig, wenn der Nachweis der Vertragsverletzung bereits naturgemäß mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, wie zum Beispiel der Nachweis der unbefugten Benutzung oder Verbreitung des Know-how. In diesen Fällen kann es angezeigt sein, eine abweichende Verteilung der gesetzlichen Beweislast zu vereinbaren; auch die Vereinbarung von besonderen Beweisregeln kann für den Gläubiger interessengerecht sein. In der Praxis sind solche Abreden, namentlich unter Kaufleuten, allerdings nur selten durchsetzbar.

(b) Art und Höhe der Strafe

(aa) Geldstrafe

Es entspricht der auf anderen Gebieten üblichen Vertragspraxis, als Strafe die Zahlung eines bestimmten Geldbetrages zu vereinbaren.

1) Vgl. oben, S. 144. Dasselbe gilt auch für die clause pénale, vgl. oben, S. 123. Die einzige für den Bereich der Vertragsstrafe geltende Sonderbestimmung ist § 345 BGB. Darin wird die Beweislast für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit ausnahmsweise dem Schuldner des Strafversprechens aufgebürdet. Diese Beweiserleichterung gilt allerdings nur für Handlungs-, nicht dagegen für Unterlassungspflichten, vgl. § 345 a.E.

Ausnahmsweise kann es geboten sein, eine andere Strafe wie zum Beispiel den Verlust bestimmter Rechte oder Ansprüche, zu vereinbaren.¹ Die Vereinbarung, daß der Know-how-Nehmer für den Fall unbefugter Benutzung oder Verbreitung des Know-how einen möglichen Anspruch auf Zurückzahlung eines vorausgeleisteten à contos oder einer Kautions verliert, ist eine solche atypische Sanktion.²

(bb) Die Strafhöhe

Die Höhe der Strafe ist so zu bemessen, daß sie auf den Schuldner abschreckend wirkt. Für die Bemessung der Strafhöhe ist in erster Linie das wirtschaftliche Interesse des Gläubigers an der vertragsgemäßen Erfüllung bestimmend. Dieses Interesse kann das Erfüllungsinteresse im Einzelfall übersteigen und auch nichtvermögensrechtliche Interessen an der Erfüllung mit berücksichtigen.

Eine Ausnahme gilt freilich in Belgien, wo sich die Bemessung der Strafhöhe generell am konkreten Nichterfüllungsschaden orientieren muß.³

(cc) Das Verhältnis zwischen Strafanspruch und sonstigen vertraglichen Ansprüchen

Das gesetzliche Verhältnis zwischen Strafanspruch und sonstigen vertraglichen Ansprüchen ist bereits eingehend behandelt worden.⁴ An dieser Stelle kommt es darauf an, auf die Besonderheiten hinzuweisen, die bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe zum Zwecke der Erfüllungssicherung zu beachten sind.

1) Vgl. dazu, daß es sich bei einer sog. Verfallklausel lediglich um eine besondere Form der Vertragsstrafe handelt, oben, S. 137, und 167.

2) Vgl. oben, S. 104, Fußn. 3.

3) Vgl. oben, S. 193, 194.

4) Vgl. oben, S. 149 ff.; 171 f.; 202 ff.

1. Das Verhältnis zwischen Straf- und Erfüllungsanspruch:

Ist die Vertragsstrafe allein für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung versprochen, so besteht für den Gläubiger naturgemäß ein Interesse, die verwirkte Strafe unabhängig vom Erfüllungsanspruch verlangen zu können. Während sich diese Rechtsfolge im deutschen Recht bereits aus § 341 Abs. 1 BGB ergibt, ist sie im Code civil in Art. 1229 Abs. 2 lediglich für den Fall vorgesehen, daß der Schuldner mit der Leistung in Verzug kommt.¹ Möchte sich der Gläubiger daher die Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs neben dem Strafanspruch auch in anderen Fällen der nicht gehörigen Erfüllung vorbehalten, so bedarf es im französischen und belgischen Recht einer entsprechenden besonderen Vereinbarung.

Ist dagegen durch die Verwirkung der Vertragsstrafe die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit bereits unmöglich geworden, so stellt sich dieses Konkurrenzproblem nicht.

2. Das Verhältnis zwischen Strafanspruch und dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung:

In den Fällen, in denen durch ein- und dieselbe Vertragsverletzung, durch die die Vertragsstrafe verwirkt wird, auch ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung begründet wird, liegt es gleichfalls im Interesse des Gläubigers, diesen Anspruch grundsätzlich unabhängig vom Strafanspruch geltend machen zu können, sofern der Zweck der Strafvereinbarung in erster Linie darauf, gerichtet ist, den Schuldner vor einer Vertragsverletzung abzuschrecken oder ihn gegebenenfalls dafür zu bestrafen; denn dann ist die Vertragsstrafe als Druck-

1) Vgl. oben, S. 172.

mittel zur Erfüllungssicherung nach dem Inhalt der Vereinbarung in der Regel nicht dazu bestimmt, den Gläubiger zusätzlich für irgendwelche durch die Vertragsverletzung entstehenden Nachteile zu entschädigen.

Beabsichtigt daher ein Gläubiger, sich die Geltendmachung eines möglichen Schadensersatzanspruchs auf jeden Fall unabhängig vom Strafanspruch vorzubehalten, so bedarf es in der Strafvereinbarung einer entsprechenden Abrede; denn weder im Code civil, wo zwischen Vertragsstrafe und Schadensersatzanspruch generell ein Kumulationsverbot besteht, Art. 1229 Abs. 1, noch in Deutschland, wo sich der Gläubiger des Hauptanspruchs die Vertragsstrafe auf einen möglichen Schadensersatzanspruch als Mindestschaden anrechnen lassen muß, §§ 340, Abs. 2, 341 Abs. 2 BGB, können beide Ansprüche völlig unabhängig voneinander geltend gemacht werden.

Vielfach kann es allerdings auch interessengerecht sein, die verwirkte Strafe, wie es bereits die gesetzliche Regelung des BGB vorsieht, als Mindestschaden auf einen eventuellen Schadensersatzanspruch anzurechnen. Eine solche Vereinbarung dürfte vor allem in den Fällen angebracht sein, in denen die Parteien mit der Vertragsstrafe neben der Strafwirkung zugleich auch eine Kompensation der durch die Nichterfüllung ausgelösten nachteiligen Folgen bezwecken.

3. Das Verhältnis des Strafanspruchs zum Anspruch auf Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses:

Obwohl ein einmal wirksam begründeter Strafanspruch durch die spätere Entwicklung des Vertragsverhältnisses grundsätzlich nicht berührt wird, besteht in den Fällen eine Ausnahme, in denen das der Vertragsstrafe zugrundeliegende Vertragsverhältnis entweder durch Rücktritt,

§§ 325, 326, 346 ff BGB, oder Vertragsauflösung, Art. 1184 C.c., rückwirkend beseitigt wird.¹ Da durch die Rückabwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses grundsätzlich auch die durch die Vertragsstrafe gesicherte Hauptverbindlichkeit betroffen wird, entfällt nachträglich auch der Rechtsgrund für den Strafanspruch, der damit gegenstandslos wird.²

Dieses für den Gläubiger eines bereits verwirkten Strafanspruchs unerfreuliche Ergebnis, das außerdem zu einer ungerechtfertigten Einschränkung des Rücktrittsrechts führt, kann allerdings durch eine besondere Parteivereinbarung vermieden werden. Wenngleich die Rückabwicklung eines Know-how-Vertrages nur selten zu interessengerechten Ergebnissen führt³ und das Rücktrittsrecht vertraglich sogar meistens ausgeschlossen wird, so daß dieses Problem sich hier nur selten stellen dürfte, so sollte doch wenigstens aus Gründen der Klarheit in die Strafvereinbarung die Feststellung aufgenommen werden, daß ein wirksam begründeter Strafanspruch auch im Fall einer rückwirkenden Vertragsauflösung bestehen bleiben soll.

(c) Der Schadensnachweis und die nachträgliche Überprüfung der Strafhöhe

Grundsätzlich ist der Strafanspruch ohne Rücksicht darauf verwirkt, ob durch die Vertragsverletzung dem Gläubiger tatsächlich ein Schaden entstanden ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht allein im belgischen Recht; dort ist nach Ansicht der höchstrichter-

1) Vgl. oben, S. 170.

2) Vgl. oben, S. 170, Fußn. 2, m.w.N.

3) Vgl. oben, S. 121 f., wo auch der Hinweis enthalten ist, daß eine Kündigung des Vertragsverhältnisses und damit eine Vertragsauflösung allein mit Wirkung für die Zukunft, im allgemeinen zu interessengerechten Ergebnissen führt.

lichen Rechtsprechung einer Strafvereinbarung dann die Anerkennung als clause pénale zu versagen, wenn durch die Vertragsverletzung dem Gläubiger keinerlei Nachteile entstanden sind.¹ Dieser Fall dürfte in der Praxis allerdings nur selten eintreten.

Eine nachträgliche Überprüfung der Strafhöhe ist in Deutschland zwischen Kaufleuten generell ausgeschlossen; im übrigen gibt es, ebenso wie in Frankreich und Belgien, lediglich eine Billigkeitskontrolle.² Eine Erweiterung der richterlichen Kontrollbefugnisse durch eine besondere Parteivereinbarung ist zwar grundsätzlich möglich, entspricht aber kaum der üblichen Vertragspraxis.

Eine Begrenzung der Strafhöhe nach oben kann allerdings in bestimmten Fällen angebracht sein, namentlich dann, wenn eine wiederholte Verwirkung der Strafe nach dem Inhalt der Vereinbarung möglich ist.³

Falls die Vertragsparteien die Verwirkung der Strafe ausnahmsweise vom Eintritt eines bestimmten Schadens abhängig machen wollen, sollte im Interesse des Gläubigers die Beweislast für den fehlenden Schaden auf den Schuldner verlagert werden. Das gilt ganz besonders in den Fällen, in denen die Schadensberechnung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, wie zum Beispiel der Verletzung der Pflicht zur Geheimhaltung des Know-how, da andernfalls die Vertragsstrafe für den Gläubiger des Hauptanspruchs jeglichen Sicherungszweck verlieren würde.

1) Vgl. oben, S. 190 f.

2) Vgl. oben, S. 204 ff.

3) Vgl. oben, S. 216, 217.

2. Die Vertragsstrafe als Mittel zur antizipierten Schadensberechnung

a) Das Bedürfnis antizipierter Schadensberechnung

Auf die Schwierigkeiten, den durch die Verletzung einiger typischer Know-how-Vertragspflichten entstehenden Nichterfüllungsschaden zu berechnen, ist bereits hingewiesen worden.¹ Besonders betroffen sind davon in erster Linie sämtliche Vereinbarungen, welche dem Schutz der faktischen Exklusivität des Know-how und dem Umfang der erlaubten Know-how-Benutzung dienen. Aber auch die Berechnung eines durch verzögerliche Mitteilung des Know-how entstehenden Vorenthaltungsschadens ist im konkreten Fall nur schwer zu beziffern.

Angesichts dieser Schwierigkeiten besteht ein besonderes Bedürfnis, den im Falle einer Vertragsverletzung drohenden Nichterfüllungsschaden bereits im voraus einvernehmlich festzusetzen. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe stellt dafür ein geeignetes Mittel dar.

b) Die antizipierte Schadensberechnung

Eine übereinstimmende Schadensberechnung hat den Vorzug, daß beide Parteien die für eine Schadensfeststellung aus ihrer Sicht maßgeblichen Faktoren stärker mit in Rechnung stellen können. Außerdem wird dadurch für beide Vertragspartner das mit dem Vertragsabschluß verbundene wirtschaftliche Risiko besser kalkulierbar.

1) Vgl. oben, S. 125 ff.

Für die Herbeiführung einer einvernehmlichen Schadensberechnung ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am geeignetsten, da die Durchsetzung einer solchen Vereinbarung am ehesten im Zusammenhang mit dem Abschluß des Gesamtvertragswerks möglich ist. Zu einem späteren Zeitpunkt, namentlich wenn die Vertragsverletzung bereits eingetreten ist, ist die Erzielung eines Einvernehmens über die Höhe des ersatzfähigen Schadens meist ausgeschlossen, es sei denn, die Parteien treffen einen Vergleich, was für den Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs in der Regel aber zu einem weitaus ungünstigeren Ergebnis führt.

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zum Zwecke der antizipierten Schadensberechnung sollte daher stets zusammen mit der zu sichernden Hauptverbindlichkeit und dem übrigen Vertragswerk getroffen werden.

(1) Der Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Vertragsstrafe zum Zwecke der Schadenspauschalierung unterliegt grundsätzlich keinen Beschränkungen. Es können daher Verbindlichkeiten jeder Art, für welche ein Bedürfnis einvernehmlicher Schadensberechnung besteht, zum Gegenstand einer solchen Strafvereinbarung gemacht werden. Das trifft vor allem für sämtliche mit der Know-how-Vergabe, der Benutzung und Weitergabe des Know-how zusammenhängenden Vertragspflichten zu.

(2) Der Inhalt der Vereinbarung

Ahnlich wie bei der Erfüllungssicherung verspricht der Schuldner für den Fall der Verletzung einer näher bezeichneten Vertragspflicht, an den Gläubiger der Hauptverbindlichkeit einen bestimmten Geldbetrag zu bezahlen. Zur Klarstellung kann in den Vertrag die Feststellung aufgenommen

werden, daß die Strafe allein zum Ausgleich des durch die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit drohenden Schadens bestimmt ist.

Hinsichtlich der Bestimmung der allgemeinen Verwirkungsvoraussetzungen kann auf die vorhergehenden Ausführungen verwiesen werden.¹

Die Höhe der Strafe hat sich an dem voraussichtlichen Nichterfüllungsschaden auszurichten, in dessen Umfang der Schuldner dem Gläubiger in jedem Fall haften soll.

Das Interesse der Erfüllungssicherung und der antizipierten Schadensberechnung lassen sich bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe häufig nur schwer trennen; in vielen Fällen verfolgen die Parteien sogar beide Ziele gemeinsam. Für die Vereinbarung einer Vertragsstrafe mit rein Schadensersatzrechtlichem Inhalt gelten jedoch einige Besonderheiten, die bei der Vertragsgestaltung beachtet werden sollten:

(a) Das Verhältnis zwischen Strafanspruch und sonstigen vertraglichen Ansprüchen

1. Das Verhältnis zwischen Straf- und Erfüllungsanspruch:

Ist die Strafe allein oder jedenfalls auch für die nicht gehörige Erfüllung versprochen und bleibt die Hauptverbindlichkeit durch die Verwirkung der Strafe in ihrem Bestand unberührt, so hat der Gläubiger grundsätzlich ein Interesse, den Strafanspruch unabhängig von der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verlangen zu können. In Deutschland ist das Nebeneinander von Straf- und

1) Vgl. oben, S. 213 ff.

Erfüllungsanspruch in diesen Fällen bereits von Gesetzes wegen gewährleistet, § 341 Abs. 1 BGB. Dagegen herrscht in Frankreich und Belgien ein allgemeines Kumulationsverbot, das gemäß Art. 1229 Abs. 2 C.c. nur ausnahmsweise durchbrochen ist, so daß es im Vertrag einer zusätzlichen entsprechenden Vereinbarung bedarf.

2. Das Verhältnis zwischen Strafanspruch und dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung:

Da die Strafe dazu bestimmt ist, dem Gläubiger einen Ausgleich für die durch die Nichterfüllung entstehenden Nachteile zu verschaffen, besteht anders als im Fall der ausschließlichen Erfüllungssicherung grundsätzlich kein Interesse, neben der Strafe gleichzeitig noch einen zusätzlichen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend zu machen. Das gilt allerdings nur insoweit, als die Strafe den entstandenen Schaden tatsächlich abzudecken vermag. Ist der reale Schaden nämlich höher, so hat der Gläubiger sehr wohl ein Interesse, diesen übersteigenden Schaden zusätzlich verlangen zu können.

Dieser Interessenlage entspricht die gesetzliche Regelung im BGB, wo dem Gläubiger des Strafanspruchs stets die Geltendmachung eines weiteren Schadens vorbehalten ist, §§ 340 Abs. 2, 341 Abs. 2 BGB.

Die Rechtslage in Frankreich und Belgien verbietet dagegen grundsätzlich die Geltendmachung eines weiteren Schadens, Art. 1229 Abs. 1 C.c., da die verwirkte Strafe generell als eine pauschale Abgeltung des Nichterfüllungsschadens angesehen wird. Möchte sich der Gläubiger gleichwohl die Geltendmachung eines eventuellen Mehrschadens vorbehalten, so bedarf es einer entsprechenden ausdrücklichen Parteivereinbarung.

Haben die Parteien hingegen die Absicht, jeden künftigen Streit über die Höhe eines möglichen Schadenersatzanspruches auszuschließen, so sollten sie es bei der gesetzlichen Regelung des Code civil belassen und, sofern deutsches Recht zur Anwendung kommt, die Möglichkeit der Geltendmachung eines weitergehenden Schadens vertraglich abbedingen.

(b) Der Schadensnachweis

Eines Schadensnachweises bedarf es auch dann grundsätzlich nicht, wenn die Vertragsstrafe zum Zwecke des Schadensausgleichs versprochen worden ist.

Auch dürfte sich in Belgien das Urteil der Cour de Cassation vom 1.2.1974¹, das eine clause pénale ausdrücklich von der Existenz eines - und sei es noch so geringen - Schadens abhängig macht, in der Praxis der Know-how-Vergabe so gut wie nicht auswirken: Denn es ist unwahrscheinlich, daß durch die Nichterfüllung einer der typischen Know-how-Vertragspflichten dem Gläubiger überhaupt kein Schaden entsteht; auch dürfte der Nachweis fehlenden Schadens vom Schuldner nur in seltenen Ausnahmefällen erfolgreich zu führen sein.

(c) Die nachträgliche Überprüfung der Anspruchshöhe

Über die engen Grenzen einer gesetzlichen Billigkeitskontrolle hinaus besteht in der Regel kein Bedürfnis, die Möglichkeiten einer richterlichen Überprüfung des verwirkten Strafanspruchs durch besondere Parteivereinbarung zu erweitern; denn durch die Vereinbarung einer Vertragsstra-

1) Vgl. oben, S. 190 f.

fe zum Zwecke der antizipierten Schadensberechnung wollen die Parteien möglichst jeden künftigen Streit über die konkrete Anspruchshöhe vermeiden.

Gleichwohl kann in bestimmten Fällen ein Bedürfnis für eine erweiterte richterliche Kontrolle bestehen. Das gilt vor allem dann, wenn die Parteien im Zeitpunkt der Vereinbarung den möglichen Schaden nicht mit ausreichender Sicherheit abschätzen können, wie zuweilen bei Know-how-Verträgen mit längerer Laufzeit, wo die Schadensberechnung durch eine Vielzahl von Unsicherheitsfaktoren bestimmt ist. Es liegt dann im Interesse des Schuldners, eine Herabsetzungsmöglichkeit der Strafe in den Fällen vorzusehen, in denen der Effektivschaden weit unter dem geschätzten Anspruch zurückbleibt. Falls eine solche erweiterte Herabsetzungsmöglichkeit vereinbart wird, empfiehlt es sich, aus Rechtssicherheitsgründen auch die Voraussetzungen für eine nachträgliche Herabsetzung und den Umfang der Anpassung genau festzulegen; denn es muß verhindert werden, daß durch die erweiterte Kontrollmöglichkeit eine umfassende Schadensberechnung erforderlich wird. Es sollte daher in einem solchen Fall eine bestimmte Toleranzgrenze, zum Beispiel 50 %, vereinbart werden, unterhalb derer die Vertragsstrafe herabgesetzt werden muß; ferner sollte vorgesehen sein, daß eine Ermäßigung des Strafanspruchs unter diesen Voraussetzungen um einen bestimmten (denselben) Prozentsatz zu erfolgen hat, und zwar ohne Rücksicht auf die tatsächliche Höhe des Minderschadens.

Da die Erweiterung der richterlichen Kontrolle im überwiegenden Interesse des Strafschuldners liegt, ist es nur billig, diesem auch die Beweislast für das Vorliegen der besonderen Ermäßigungsvoraussetzungen zu übertragen.

Soweit es rechtlich zulässig ist¹, sollte die Entscheidung über die Ermäßigung der Strafe auf ein Schiedsgericht übertragen werden.²

3. Die Vertragsstrafe als Mittel zur betragsmäßigen Haftungsbeschränkung

a) Das Bedürfnis zur Haftungsbeschränkung

Jeder Know-how-Vertrag birgt für beide Vertragspartner eine Reihe erheblicher Haftungsrisiken in sich. Diese Risiken werden umso größer, je höher der wirtschaftliche Gegenstandswert der Know-how-Vergabe ist.

Die Gründe dafür sind vielfältig. Sie ergeben sich zum Teil aus den allgemeinen vertraglichen Haftungsrisiken, die bei einem Know-how-Vertrag wegen der Labilität des Vertragsgegenstandes häufig nur schwer kalkulierbar sind. So kann sich zum Beispiel die Schwierigkeit, den durch eine Know-how-Verletzung verursachten Schaden genau zu berechnen, in bestimmten Fällen auch einmal zum Nachteil des Schuldners auswirken. Zwar hat in der Regel der Gläubiger das Nachsehen, wenn er die für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches erforderlichen tatsächlichen Angaben hinsichtlich der konkreten Schadenshöhe nicht nachweisen kann. Namentlich in Frankreich und Belgien, wo die Schadensfeststellung im freien richterlichen Ermessen liegt, besteht allerdings auch die Gefahr, daß eine Schadensberechnung auch einmal zum Nachteil des Schuldners festgestellt wird.

1) Vgl. oben, S. 182; 196.

2) Auf die Vorteile einer Schiedsgerichtsvereinbarung ist auch im Zusammenhang mit den Schwierigkeiten einer zwangsweisen Durchsetzung von Know-how-Vertragspflichten hingewiesen worden, vgl. oben, S. 121.

Das Haftungsrisiko einer Vertragspartei kann sich allerdings auch durch die Übernahme zusätzlicher, im allgemeinen unüblicher Garantien, zum Beispiel hinsichtlich der Beschaffenheit und der Verwendbarkeit des Know-how, besonders erhöhen.

Das Bedürfnis, alle diese Haftungsrisiken möglichst gering zu halten, ist evident. Durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe kann die Haftung des Versprechenden betragsmäßig beschränkt werden.¹

b) Die betragsmäßige Haftungsbeschränkung

(1) Der Anwendungsbereich

In allen Fällen, in denen ein Bedürfnis für eine antizipierte Schadensberechnung besteht, ist in der Regel auch ein Interesse für eine betragsmäßige Beschränkung der Haftung vorhanden; denn das Interesse des Gläubigers, im Haftungsfall den Schadensnachweis zu ersparen, korrespondiert stets mit dem Interesse des Schuldners, die vereinbarte Haftungssumme möglichst gering zu halten.

Aber auch in anderen Fällen erhöhter Haftung besteht ein Bedürfnis für eine - und sei es auch nur betragsmäßige - Haftungsbeschränkung.

1) Ein Ausschluß der Haftung dem Grunde nach ist zum Beispiel durch einen allgemeinen Haftungsausschluß möglich, der in der Praxis, insbesondere zwischen Kaufleuten, aber kaum vorkommt. Denkbar ist aber auch ein qualifizierter Haftungsausschluß, z.B. durch Begrenzung des Verschuldensmaßstabes oder des ersatzfähigen Schadens (z.B. eine Haftung nur für unmittelbare Vermögensschäden).

(2) Der Inhalt der Vereinbarung

Durch das Versprechen eines entsprechend niedrigen Geldbetrages kann der Schuldner einer Hauptverbindlichkeit seine Haftung für den Fall der Vertragsverletzung betragsmäßig beschränken.

Damit die Haftung des Schuldners wirksam beschränkt wird, müssen folgende Punkte bei der Vertragsgestaltung besonders berücksichtigt werden:

(a) Das Verhältnis zwischen Strafanspruch und sonstigen vertraglichen Schadensersatzansprüchen

Anders als bei einer Strafvereinbarung zum ausschließlichen Zweck der antizipierten Schadensberechnung¹ muß hier für den Gläubiger des Strafanspruchs jede Möglichkeit der Geltendmachung weiterer Schadensersatzansprüche im Interesse des Schuldners generell ausgeschlossen sein. Im Code civil ergibt sich dieser Ausschluß jeder weiteren Ersatzmöglichkeit bereits unmittelbar aus dem im Gesetz in Art. 1229 Abs. 1 C.c. verankerten Pauschalierungsgrundsatz der clause pénale.² In Deutschland muß dagegen mit Rücksicht auf die §§ 340 Abs. 2 Satz 2, 341 Abs. 2 BGB in den Vertrag eine entsprechende besondere Vereinbarung aufgenommen werden.³

(b) Der Schadensnachweis

Bezüglich des Schadensnachweises gelten dieselben Grundsätze wie bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe mit

1) Vgl. oben, S. 227 ff.

2) Vgl. oben, S. 172.

3) Vgl. oben, S. 134, 135.

rein schadensersatzrechtlichem Charakter.¹ Es kann allerdings ausnahmsweise, wenn die Vertragsstrafe z.B. dem alleinigen Zweck einer Haftungsbeschränkung dient, dem Schuldner das Recht eingeräumt werden, dem verwirkten Strafanspruch den Nachweis fehlenden Schadens entgegenzuhalten.

(c) Die nachträgliche Überprüfung der Anspruchshöhe

Erweist sich die Vertragsstrafe im Falle ihrer Verwirkung als zu gering, so besteht allein in Frankreich von Gesetzes wegen eine richterliche Anpassungsmöglichkeit der verwirkten Strafe an den tatsächlichen Mehrschaden.²

Eine auf besonderer Parteivereinbarung beruhende erweiterte Möglichkeit, den Strafanspruch gegebenenfalls zu erhöhen, ist nicht interessengerecht, wenn der Zweck der Strafvereinbarung gerade darauf gerichtet ist, die Haftung des Versprechenden zu beschränken.

1) Vgl. oben, S. 229.

2) Vgl. oben, S. 177 ff.

III. Schlußbemerkung

Am Ende dieser Untersuchung kann zusammenfassend festgestellt werden, daß der Vertragsstrafe bei der Gestaltung von Know-how-Verträgen entsprechend ihren verschiedenen Funktionen eine mehrfache praktische Bedeutung zukommt: Sowohl bei der Erfüllungssicherung als auch bei der antizipierten Schadensberechnung und Haftungsbeschränkung ist die Vertragsstrafe geeignet, im deutschen wie im französischen und - mit einigen Einschränkungen - auch im belgischen Recht zur Lösung aktueller Probleme der Know-how-Vergabe einen Beitrag zu leisten.

Dabei darf natürlich nicht übersehen werden, daß auch die vollständigste Vertragsgestaltung unter Einbeziehung von Vertragsstrafenvereinbarungen wegen der besonderen Rechtsnatur des Know-how letzte Risiken der Know-how-Vergabe nicht ausräumen kann. Angesichts dieser Sachlage muß es daher bereits als ein Fortschritt bezeichnet werden, wenn die zahlreichen mit einer Know-how-Vergabe verbundenen Risiken wenigstens zu einem Teil verringert werden.

Auch muß eingeräumt werden, daß die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in erster Linie im Interesse des Gläubigers der zu sichernden Hauptverbindlichkeit liegt; denn sowohl die Erfüllungssicherung als auch die antizipierte Schadensberechnung sind ein primäres Anliegen des Vertragsgläubigers. Das Interesse des Schuldners, durch eine Vertragsstrafe die vielfältigen Haftungsrisiken kalkulierbar zu machen und der Höhe nach zu begrenzen, ist allerdings gleichfalls nicht gering zu bewerten. Da in der Regel die das Know-how betreffenden Vertragspflichten zwischen den beteiligten Vertragsparteien verteilt sind, kann insgesamt gesagt werden, daß die Vereinbarung von Vertragsstrafen im Bereich der Know-how-Vergabe grundsätzlich den Interessen der Parteien auf beiden Seiten des Vertragsverhältnisses entgegenkommt.

Curriculum vitae

Am 24. Februar 1949 wurde ich in Baden-Baden als Sohn des im Hause C.H. Beck, München, tätigen Verlagsredakteurs Horst E. Wiemer und seiner Frau Madeleine, geb. Boudot-Lamotte, geboren. Seit meiner Geburt besitze ich die deutsche und die französische Staatsangehörigkeit.

Nach vierjähriger Volksschulzeit in München besuchte ich neun Jahre lang das humanistische Maximilians-Gymnasium, München, und bestand dort am 23. Juli 1968 die Reifeprüfung.

Im Wintersemester 1968/69 immatrikulierte ich mich an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität, München, und legte nach acht Studiensemestern am 22. Januar 1973 in München die 1. Juristische Staatsprüfung ab. Nach Ableistung meines Referendardienstes im Oberlandesgerichtsbezirk München und einem fünfmonatigen Praktikum bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften in Brüssel bestand ich am 6. April 1976 in München die 2. Juristische Staatsprüfung.

Forschungsarbeiten im Zusammenhang mit der vorliegenden Dissertation führten mich zu Studienaufenthalten nach Paris und Brüssel.

Seit dem 2. Juli 1976 bin ich in München als Rechtsanwalt zugelassen.

